

ÜBER DEN EINFLUSS

DER

EIGENTHUMSKLAGE

AUF DIE

ERSITZUNG

NACH RÖMISCHEM RECHTE.

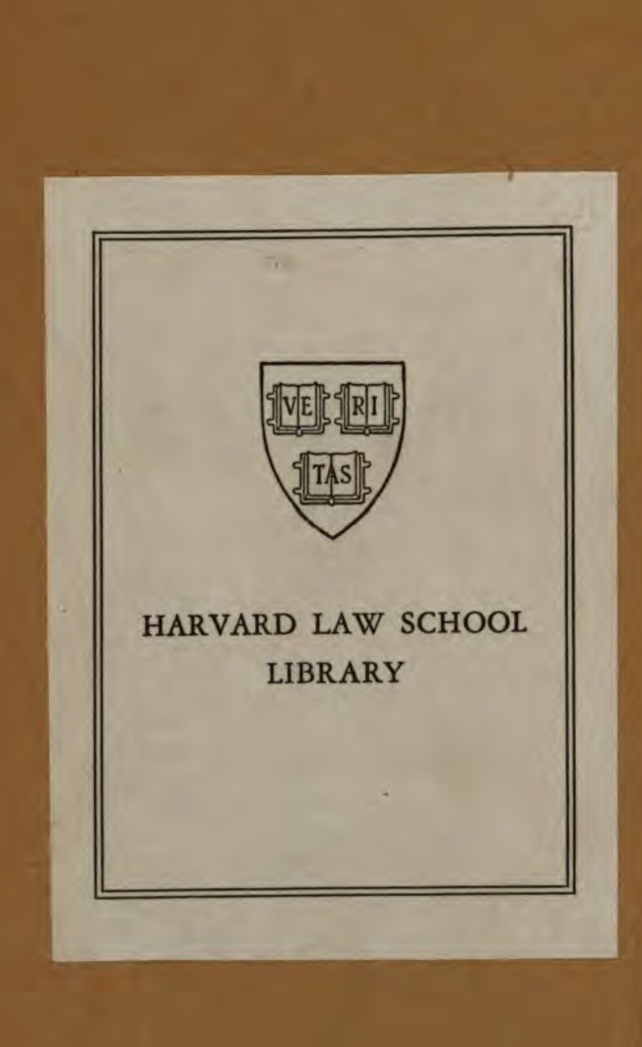
HABILITATIONSSCHRIFT

VON

D^R. JUR. ERWIN GRUEBER.

MÜNCHEN.
THEODOR ACKERMANN.

1875.


VE
RI
TAS

ÜBER DEN EINFLUSS

DER

EIGENTHUMSKLAGE

AUF DIE

ERSITZUNG

NACH RÖMISCHEM RECHTE.

HABILITATIONSSCHRIFT

VON

Dr. JUR. ERWIN GRUEBER.

MÜNCHEN.
THEODOR ACKERMANN.

1875.

For Tr

G

Rec. Mar. 10, 1904.

§. 1.

Einleitung.

Das Beftreben, einer Anficht zum Siege zu verhelfen, für die nach meiner Ueberzeugung die Wucht der inneren Gründe fpricht, ift es, dem die vorliegende Unterfuchung ihren Urfprung verdankt. Wenn ich dabei zu einem Refultate gelange, das gegenwärtig vielleicht von den meiften unferer Rechtslehrer vertreten und jedenfalls in der Mehrzahl der gangbaren Pandektenlehrbücher[1]) niedergelegt ift, fo dürfte fich mein Unternehmen wohl dadurch rechtfertigen, dafs es gerade die gegentheiligen Meinungen find, welche in neuerer Zeit mehrfach in monographifcher Behandlung eine eingehendere Begründung erfahren haben[2]), während es der hier entwickelten Anficht an einer folchen fehlt[3]).

1) *Arndts*, Lehrbuch der Pandekten, 8. Aufl. Stuttgart 1874, §. 163 Anm. 2. S. 260 und 261, *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten, Erlangen 1857, I. §. 61. S. 221. 222, *Keller*, Pandekten, 2. Aufl. Leipzig 1867, I. §. 134. S. 303, *Puchta*, Pandekten, 9. Aufl. Leipzig 1863, §. 160 2. Abfatz u. Note f, S. 247, *Vangerow*, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl. Marburg u. Leipzig 1863, I. §. 160. II, S. 249 f. — *Savigny*, Syftem des heutigen röm. Rechts, Berlin 1847, VI. § 261 Nr. II. S. 55—61.

2) Dahin gehören die Abhandlungen von *Wächter* in feinen »Erörterungen aus dem römifchen, deutfchen und würtembergifchen Privatrecht, Stuttgart 1845«, III. S. 99—104, und von *Wilhelm Stephan* im Archive für civil. Praxis, 34. Bd., Heidelberg 1851 Nr. VIII. S. 181—192.

3) Als folche können wir nicht erachten die Abhandlung »über die Unterbrechung der Verjährung durch litis contestatio« von A. A. v. Buchholtz in deffen Verfuchen über einzelne Theile der Theorie des heutigen röm. Rechts, Berlin 1831, S. 129—139, indem diefelbe weder die l. t. praescriptio in ihrer urfprünglichen und eigentlichen Bedeutung würdigt, noch die für unfere Frage wichtigen Gefetzesftellen fämmtlich berückfichtigt.

Näher bezeichnet ist es die Frage, ob die Erhebung des Eigenthumsstreites die im Laufe befindliche Ersitzung unterbricht oder nicht, welche den Gegenstand nachfolgender Erörterung bildet. Unzweifelhaft ist es, dass die Ersitzung ebenso wie die Klagenverjährung einen gewissen Zustand voraussetzt, welcher in seiner Dauer zu dem Rechtserwerbe, beziehungsweise zu dem Untergange des Klagrechts führt. Wenn wir nun von Unterbrechung der Ersitzung oder der Verjährung sprechen, so bezeichnen wir damit das zeitliche Aufhören des, den gedachten Rechtserfolg herbeiführenden Zustandes. Wann ein solches Aufhören eintritt, wird sich lediglich nach der Natur des fraglichen Zustandes selbst bestimmen. Wir werden daher, um unsere Frage beantworten zu können, die Voraussetzungen der Ersitzung und deren Verhältniss zur Prozesserhebung festzustellen haben.

§. 2.

Das Recht der alten usucapio.

Die Usucapion war eine Erwerbsart des Eigenthums, welche zu ihren Voraussetzungen Besitz, guten Glauben und einen rechtmässigen Erwerbsgrund hatte[4]). Von diesen drei Erfordernissen, die sämmtlich nur die Person des Erwerbers betreffen, mussten die beiden letztgenannten — bona fides und causa possessionis — nur im Augenblicke des Besitzerwerbes selber vorhanden sein; dauernd dagegen war, um den Eigenthumserwerb zu begründen, nur der Besitz auf Seiten des Usucapienten erforderlich. Insofern definiren die römischen Juristen (Ulp. fr. 19. 8) sehr bezeichnend die usucapio als eine dominii adeptio per con-

4) Mit Rücksicht auf den Umstand, dass die Usucapion gewisser Sachen verboten ist, hat man als ein viertes Erforderniss vielfach die Usucapionsfähigkeit der Sache verlangt. Richtiger aber ist es, hier von Ausnahmen der Usucapion zu sprechen. Vergl. *Brinz* §. 60.

tinuationem possessionis anni vel biennii[5]). Wenn sonach der Besitz die einzig zuständliche Voraussetzung der Usucapion ist, so kann auch nur dadurch, dass er aufhört, ein Aufhören, eine Unterbrechung derselben bewirkt werden, andererseits aber muss diese Unterbrechung auch mit Nothwendigkeit eintreten, weil ja sine possessione usucapio contingere non potest[6]).

Mit Bezug auf andere Ereignisse liesse sich nur in einem übertragenen Sinne von Unterbrechung der Usucapion reden, insofern nämlich ihrem Eintritte die der wirklichen Unterbrechung eigenthümlichen Wirkungen beigelegt würden, was aber selbstverständlich nur auf positiv rechtlicher Anordnung beruhen könnte. Als ein solches Ereigniss wird vor Allem die Litiscontestation genannt, die nach sehr verbreiteter Ansicht die Usucapion des späteren römischen Rechts unterbrechen soll.

Was zunächst die usucapio des früheren Rechts betrifft, so sind wir über deren Verhältniss zur Litiscontestation durch klare und bestimmte Quellenzeugnisse unterrichtet. Wie es gewiss ist, dass der Verlust des Besitzes eine Unterbrechung der usucapio selbst bewirkt, so ist es auch zweifellos, dass der Anstellung der Eigenthumsklage eine solche Wirkung nicht zukommt. Der Eigenthumserwerb für den Usucapienten tritt ein, wiewohl die Litiscontestation erfolgt ist. Allein da die Begründung der klägerischen Rechtsbehauptung lediglich nach dem Zeitpunkte dieses processualen Actes zu beurtheilen ist, so wird der Beklagte, wenn der Kläger damals wirklich Eigenthümer war, in der gleichen Weise zu verurtheilen sein, mag er nun im Laufe des Processes ersessen haben oder nicht. Nur die Vollziehung

5) Modestin in l. 3 D. de usurp. 41. 3 nennt die usucapio eine adiectio dominii per continuationem temporis lege definiti, wohl insofern als dieselbe schon einen rechtlich geschützten Besitz voraussetzt. Vergl. *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten I. S. 208. Die Schlussworte dieser Stelle sind wohl in Hinblick auf die verschiedenen Ersitzungsfristen im Justinian'schen Rechte interpolirt.

6) l. 25 h. t. (41. 3).

des richterlichen Reſtitutionsbefehles — und vermuthlich auch der Befehl ſelbſt — muſste in beiden Fällen verſchieden ſein: während im letzteren Falle der Beſitzer demſelben durch einfache formloſe Ueberlaſſung der vindicirten Sache genügte, war, wenn Uſucapion in Mitte lag, die Rückübertragung des Eigenthums ſelber erforderlich. Ueberdies muſste der Beklagte wegen etwaiger vorher erfolgter, dem Kläger nachtheiligen Diſpoſitionen über die zu Eigenthum erworbene Sache Caution leiſten.

l. 18 de rei vind. 6. 1 (Gaius l. VII. ad edictum prov.).

Si post acceptum iudicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere eoque nomine de dolo cavere: periculum est enim ne eum vel pigneraverit vel manumiserit.

Es kann, da eine Uebertragung des Eigenthums an res mancipi, wozu bekanntlich die Sklaven gehörten[7]), zur Zeit unſeres Juriſten nur durch mancipatio oder in iure cessio möglich war[8]), nicht bezweifelt werden, daſs das Wort tradere für mancipare oder allenfalls auch in iure cedere interpolirt worden iſt.[9]) Das ergibt überdies auch die Analogie der weiter unten zu erörternden Stellen über den Verluſt der Servituten durch Nichtgebrauch.

l. 20 eod., gleichfalls von Gaius und urſprünglich offenbar ſich an l. 18 cit. anſchlieſsend, bemerkt weiter, es genüge nicht, die Sache ſelbſt zu reſtituiren, ſondern es ſei nothwendig »ut et causa rei restituatur, id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, reſtitutus illi homo fuisset.«

---

7) Ulp. fragm. 19. 1.

8) Ulp. fr. 19. §. 3. §. 9.

9) Nicht entgegen ſteht l. 21 de rei vind. 6. 1. Wenn hier nur die Ceſſion der, dem Uſucapienten in Betreff des während des Proceſſes flüchtig gewordenen und erſeſſenen Sklaven zuſtehenden Klagen verlangt wird, ſo erklärt ſich das einfach daraus, daſs eine ſolenne Uebertragung des Eigenthums durch mancipatio oder in iure cessio wegen Abweſenheit des Gegenſtandes nicht möglich war. Ulp. fr. 19. 6, cf. Gai. I. 119. — Ulp. fr. 19. 10.

Wie der Erwerb des Eigenthums durch Ufucapion, fo ift auch der Verluft der Servituten durch Nichtgebrauch ganz unabhängig von der Litisconteftation in Folge angeftellter actio confessoria. Das ift klar ausgefprochen in l. 8. §. 4. si serv. vind. 8. 5:

[Ulpianus l. XVII. ad edictum] Et si quidem is optinuerit, qui servitutem sibi defendit, non debet ei servitus cedi, sive recte pronuntiatum est, quia habet, sive perperam, quia per sententiam non debet servitus conftitui, sed quae est declarari. plane si non utendo amisit dolo malo domini aedium post litem contestatam, restitui ei oportet, quemadmodum placet in in domino aedium.

Der erfte Theil der Stelle fpricht den Satz aus, dafs das in einem Servitutftreite zu Gunften des Klägers gefällte Urtheil die Errichtung der Servitut nicht zur Folge haben könne, weil demfelben lediglich eine declarirende Bedeutung zukomme. Nur dann, wenn der Kläger nach der Litisconteftation die Dienftbarkeit durch Nichtgebrauch verloren habe, müffe fie ihm wiederhergeftellt werden. — So aufgefafst fteht die Stelle im vollften Einklange mit der l. 18 cit. und diefer Parallelismus wird durch die Schlufsworte derfelben ausdrücklich hervorgehoben, indem hier gefagt wird, das Gleiche gelte auch für den Eigenthümer des Gebäudes, wenn nämlich diefer fein Eigenthum durch Nichtgebrauch und die damit verbundene Erfitzung feitens des Beklagten verloren habe. Freilich will es fcheinen, als fei der Verluft der hier in Rede ftehenden Servitut nicht blos von dem Nichtgebrauche des Klägers, fondern auch von einem dolus des Beklagten abhängig. Allein diefer dolus kann in Gemäfsheit des Grundfatzes, dafs dem obfiegenden Kläger Alles zu reftituiren ift, was er haben würde, wenn er zur Zeit der Litisconteftation befriedigt worden wäre, als ein eigentliches Erfordernifs des Servitutenverluftes nicht gedacht werden.[10]) Wir werden daher anzunehmen haben,

10) Aus diefem Grunde berührt wohl die ausführliche und allgemein

der Jurift habe — vermuthlich in Hinblick auf einen beftimmten, ihm vorfchwebenden Fall — in den Worten dolo malo domini aedium nur den Gedanken zum Ausdruck bringen wollen, dafs auch eine dolofe Verzögerung des Proceffes durch den Beklagten und der in Folge deffen bewirkte Verluft der Dienftbarkeit dem letzteren nicht zum Vortheil gereichen könne, indem ihm dann die Verpflichtung der Reftitution des untergegangenen Rechtes obliege. Dafs unter diefer nur eine neue Conftituirung der Servitut, alfo nach dem Rechte der klaffifchen Juriften eine in iure cessio[11]) zu verftehen ift, ift fchon an fich klar, erhellt aber überdies deutlich aus dem Gegenfatze, welchen die Worte »restitui ei oportet« zu den vorangehenden »non debet ei servitus cedi« bilden.[12])

Als weitere Belege für den Satz, dafs die usucapio trotz erhobener Eigenthumsklage fortläuft, kommen in Betracht: l. 2. pro don. 41. 6, l. 17 i. f. de rei vind. 6. 1 und l. 2. §. 21 pro emt. 41. 4.

Unter denfelben gibt die erftgenannte Stelle zu nicht

gebilligte Erklärung *Kellers* (Litisconteftation und Urtheil, Zürich 1827, §. 22. S. 174—177) die angezogenen Worte gar nicht. — Wenn eben diefer Gelehrte am Schluffe der Stelle der, durch die befferen und insbefondere die Florentiner Handfchrift beglaubigten Lefeart »in domino aedium« die Lefeart »in dominio aedium« aus dem Grunde vorziehen will, dafs bei Annahme der erfteren kein ordentlicher Sinn herauszubringen fei, fo dürfte ihm hierin nicht beizuftimmen fein, wie aus der im Texte gegebenen Auffaffung hervorgeht: es ift der Eigenthümer, alfo derjenige, der intendirt rem suam esse, mit dem Confefforienkläger, qui servitutem sibi defendit, in Parallele geftellt. Allerdings mag hiegegen eingewendet werden, es fei ftiliftifch nicht angemeffen, dem Lefer zuzumuthen, den dominus aedium, welcher kurz vorher als Beklagter in einem beftimmten Proceffe gedacht war, nunmehr, davon ganz abgefehen, als fein Eigenthumsrecht klageweife verfolgend zu denken, allein darin dürfte kein Grund liegen, von der florentinifchen Lefeart abzugehen.

11) Vgl. Gai. II. 29. Sed iura praediorum urbanorum in iure tantum cedi possunt, rusticorum vero etiam mancipari possunt. 30. Ususfructus in iure cessionem tantum recipit.

12) Vergl. hiezu l. 5 §. 5 si ususfr. pet. 7. 6 und *Keller*, Litisconteftation §. 22. An. 3 S. 176.

unerheblichen Bedenken Veranlaſſung und darin dürfte vielleicht der Grund liegen, daſs dieſelbe ſo ſelten in unſerer Frage citirt wird.[13]) Sie lautet:

(Marcellus l. XXII. digest.) Si is, qui rem alienam donaverit, revocare conſtituerit donationem, etiamsi iudicium ediderit remque coeperit vindicare, curret usucapio.

Für das ältere Recht bereitet die Stelle der Erklärung keine Schwierigkeit. Man wird dabei mit Mommſen davon auszugehen haben, daſs das Wort alienam nicht von Marcellus herrührt.[14]) Bekanntlich waren nach der l. Cincia Schenkungen — jedenfalls Schenkungen über ein gewiſſes Maſs — verboten und konnten durch jedes zu Gebote ſtehende Rechtsmittel entkräftet werden. Der Schenker konnte daher, wenn wegen mangelnder mancipatio oder in iure cessio — wie in unſerer Stelle vorausgeſetzt wird — das Eigenthum auf den Beſchenkten nicht übergegangen war, die Eigenthumsklage erheben, ohne daſs ihm eine wirkſame exceptio rei traditae entgegengeſtellt werden konnte. Gleichwohl aber lief die einmal begründete usucapio pro donato fort.[15]) — Im Juſtinian'ſchen Rechte konnte die Stelle

---

13) Von den in meiner Abhandlung berückſichtigten Schriftſtellern führen ſie nur an: *Buchholz* S. 131 Note 7, *Sintenis*, das praktiſche gemeine Civilrecht 2. Aufl. Leipzig 1860. I. §. 51. Anm. 12. S. 500 und *Bethmann-Hollweg*, der römiſche Civilproceſs, Bonn 1865, II. §. 103. Note 149. S. 520.

14) Wollte man auch dieſer höchſt wahrſcheinlichen Behauptung nicht beipflichten, ſo würde das Reſultat doch kein anderes ſein; wir müſsten, auch wenn wir uns an den vorliegenden Wortlaut halten wollten, annehmen, daſs der Schenker nach der Hingabe der Sache Eigenthum daran erworben habe. Auch hier ſtände der, der Vindication entgegengeſetzten exceptio rei traditae die replicatio legis Cinciae entgegen.

15) Vergl. *von Meyerfeld* (die Lehre von den Schenkungen nach römiſchem Rechte, Marburg 1835, I. §. 10 Nr. 42, S. 132), welcher mit dieſer Auffaſſung ganz übereinſtimmt. Was die praktiſche Bedeutung der Stelle betrifft, ſo ſpricht gegen den a. a. O. mitgetheilten Erklärungsverſuch von Retes, welcher unter der in der Stelle erwähnten Vindication eine actio in factum verſtehen will, jedenfalls das, was im Texte gegen

in ihrem urſprünglichen Wortlaute aus einem doppelten Grunde Anwendung nicht mehr finden: einmal weil das Schenkungsverbot der l. Cincia keine Geltung mehr hatte, ſomit von einem Widerrufe auf Grund desſelben nicht mehr die Rede ſein konnte, und ferner weil der Beſchenkte durch die bloſse Tradition Eigenthum an der ihm geſchenkten Sache erhielt und folgeweiſe ſowohl die Uſucapion durch den Beſchenkten, als auch die Anſtellung der Eigenthumsklage durch den Schenker ausgeſchloſſen bleiben muſste. Um ihr für das geltende Widerrufsrecht der Schenkungen eine Bedeutung zu geben, war es nothwendig, das Wort alienam einzuſchieben. Wenn nun trotz der Hingabe einer fremden Sache dem Schenker die Vindication gegeben wird, ſo iſt vorauszuſetzen, daſs er ſpäter, etwa auf Grund einer Beerbung des wahren Eigenthümers, Eigenthum erlangt hat. Die der erwähnten Klage entgegengeſtellte exceptio rei traditae mochte dann der Kläger durch eine

die Statthaftigkeit der Annahme einer perſönlichen Klage bemerkt iſt. — Der von *Löher* im Archive für civil. Praxis (Band XV. S. 251) mit Entſchiedenheit aufgeſtellten und von Meyerfeld ſelbſt, allerdings in ſehr ſchüchterner Weiſe, vertretenen Behauptung, l. 2 cit. handele von einer donatio mortis causa, ſteht, abgeſehen davon, daſs das in derſelben gar nicht angedeutet iſt, entgegen, daß auch dieſe Annahme ohne weitere Suppoſition nicht die unzweideutig ausgeſprochene Concurrenz der rei vindicatio und der usucapio zu erklären vermag. — Räthſelhaft iſt es mir endlich, wenn Meyerfeld dieſer Interpretation alternativ beifügt: vielleicht ſei l. 2 cit. auch dadurch zu erklären, daſs ſie mit l. 20 de don. 39. 5 dieſelbe Inscription habe. Wenn ich recht vermuthe, ſo wäre das ſo zu verſtehen, daſs unſere Stelle eine Fortführung des Gedankens des pr. der l. 20 cit. enthielte, indem darin ausgeſprochen werden ſollte, daſs der Patron, welcher, obgleich nur auf den ihm geſetzlich zuſtehenden Erbtheil eingeſetzt, mit einem Fideicommiſſe beſchwert iſt, ſelbſt dann zurückfordern könne, wenn er dasſelbe wirklich ausgezahlt habe. Wie aber damit die ganze Faſſung unſerer Stelle vereinbar ſein ſoll, wie insbeſondere der Juriſt dazu kommt, die Auszahlung eines Fideicommiſſes ſchlechthin eine Schenkung zu nennen und wie endlich die Schwierigkeiten der Stelle dadurch behoben ſein ſollen, iſt mir vollkommen unklar und das dürfte ſich vielleicht auch Meyerfeld nicht ganz klar gemacht haben.

Bezugnahme auf den vorhandenen Widerrufsgrund der Schenkung entkräften. Geradezu unthunlich erscheint es mir, das Wort vindicare auf die persönliche Widerrufsklage zu beziehen. Abgesehen davon, dass damit die Bedeutung des Wortes selber in Widerspruch stände, ist zu bemerken, dass dann die Behauptung, die Ersitzung laufe fort, eine ganz unnöthige und der Erwähnung gar nicht bedürftige wäre.

In l. 17 cit. billigt Ulpian die Ansicht Julians, es habe der im Eigenthumsstreite unterliegende Beklagte omnem causam zu prästiren, insbesondere müsse er auch die durch die Verletzung des Streitgegenstandes etwa begründete actio legis Aquiliae dem Kläger abtreten; das aber, bemerkt Ulpian am Schlusse der Stelle, finde — entsprechend den Voraussetzungen dieser Klage — nur dann statt, wenn der Besitzer nach der Litiscontestation usucapirt und somit Eigenthum (plenum ius) an der Sache erworben habe.

L. 2. §. 21 cit. endlich spricht den Grundsatz, dass die Litiscontestation eine im Laufe befindliche Usucapion nicht unterbreche, ganz klar aus:

[Paulus l. LIV. ad edictum] Si rem alienam emero et cum usucaperem, eandem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione.

Diesen Satz in Verbindung mit dem anderen, dass die gleichwohl abgelaufene usucapio dem Kläger nichts schade, fasst in sehr bezeichnender Weise Papinian in den wenigen Worten zusammen: usucapio *frustra complebitur* anticipata lite (fragm. Vat. §. 12).

Bei der Bestimmtheit unserer Quellenaussprüche in der besprochenen Richtung erscheint es begreiflich, dass das hier entwickelte Resultat ein allgemein anerkanntes ist.[16])

16) Ausser den in Note 1 angeführten Lehrbüchern an den a. O. vergl. *Keller,* Litiscontestation S. 173 u. ff., *v. Wening-Ingenheim,* Lehrbuch des gem. Civilrechts, 4. Aufl. München 1831, I. §. 137. p. 331, *Buchholz,* a. a. O., *Wilhelm Hameaux,* die usucapio und l. t. prae-

Auch besteht über die Auslegung der dafür vorgebrachten Stellen im Wesentlichen kein Streit; sie werden alle, bald mehr, bald weniger vollzählig von den verschiedenen Schriftstellern, die sich mit unserer Frage beschäftigt haben, angeführt. Mehrfach wird auch l. 2. pr. pro her. 41, 5 als Belegstelle verwendet.[17]) Unseres Erachtens nicht mit vollem Rechte. Es heisst hier, dass die missio in possessionem legatorum servandorum causa den Usucapionsbesitz nicht unterbreche. Es handelt sich also gar nicht um einen Rechtsstreit; von einer Litiscontestation und deren Wirkungen ist nicht die Rede. Nur insofern die Stelle zeigt, dass Thatsachen, die den (juristischen) Besitz als solchen nicht berühren, auch keine Wirkung auf den Lauf der Ersitzung äussern, ist sie für die Anschauungsweise der römischen Juristen charakteristisch und auch für unseren Rechtssatz nicht ohne Belang.

Indem ich diesen Satz ausspreche, bin ich mir wohl bewusst, dass er nicht ohne Widerspruch bleiben wird. Man wird dagegen einwenden, wenn es auch unzweifelhaft richtig sei, dass insbesondere die Anstellung der Eigenthumsklage die Usucapion nicht unterbrochen habe, so sei es doch andererseits auch gewiss, dass einer andern Thätigkeit des Eigenthümers, die ebenso wenig den Besitz des Usucapienten selbst ergreift, — der Abbrechung eines Zweiges — diese unterbrechende Wirkung beigelegt worden sei. Insofern also ein solcher Act während der Ersitzungszeit nicht erfolgt sein dürfe, setze der Erwerb durch Usucapion auch ein Erforderniss in der Person des Eigenthümers der Sache voraus.

scriptio, Giessen 1835, S. 167 f. *Kierulff,* Theorie des gem. Civilrechts, Altona 1839, I. S. 283 Anm., *Wächter* S. 99—101, *Schmid,* Handbuch des gem. bürgerlichen Rechts, Leipzig 1847 I. §. 14, An. 192, S. 456, *Andreas May,* über den Charakter der ordentlichen Eigenthumsersitzung nach der c. un. C. de usuc. transf. Bamberg 1847, §. 7. S. 53—55, *Stephan,* S. 181, *Unterholzner,* Entwickelung der gesammten Verjährungslehre 2. Aufl. Leipzig 1858, I. §. 126, S. 449 f., *Sintenis* a. a. O., *Windscheid,* Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Aufl. Düsseldorf 1869. I. §. 180. An. 7.

17) Vergl. *W. Ingenheim, Wächter* und *Vangerow* an den a. O.

Allein dieſer Einwand iſt nicht begründet, da eine ſolche Unterbrechung in der That nie beſtanden hat, wie aus Folgendem erhellen wird.

Bekanntlich wurde dieſe ſ. g. civilis usurpatio zuerſt von Huſchke [18]) aus der l. 5. de usurp. hergeleitet, welche Stelle hier in ihrem Wortlaute angeführt werden ſoll.

[Gaius l. XXI ad edictum provinciale.] Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deiicitur vel alicui res eripitur. quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes. nec eo casu quicquam interest, is qui usurpaverit dominus sit nec ne: ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat an ex lucrativa causa.

Den in dieſen Worten liegenden Gegenſatz der Wirkung der natürlichen Beſitzunterbrechung im Verhältniſs zu der Wirkung einer anderweiten Unterbrechung, glaubt Huſchke nicht durch Bezugnahme auf das Recht der longi temporis possessio erklären zu können, weil die hiebei geltende Unterbrechung durch Klageanſtellung von den Römern nicht civilis usurpatio genannt wurde und überdies die ganze Stelle offenbar nur von einer Unterbrechung des Usucapionsbeſitzes handele. Von dieſem Gedanken beherrſcht, kann er den fraglichen Gegenſatz nur in dem Rechte der usucapio ſelbſt als begründet anerkennen und gelangt auf dieſe Weiſe zur Aufſtellung einer civilen Unterbrechung derſelben, welche wie aus Cicero de orat. III. 28. §. 110 erhellen ſoll, bei ländlichen Grundſtücken durch Abbrechen eines Zweiges geſchah.

Gegen dieſe Interpretation, die ſich faſt allgemeiner Anerkennung erfreut [19]), läſst ſich einwenden, daſs die

---

18) Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeſs, Neue Folge, II. Bd. 1846, Gieſsen 1846, S. 141—150.

19) Vgl. *Arndts* §. 163 An. 1, *Brinz* §. 61 im Anfang, *Puchta* §. 160 Note c, *Vangerow* I. §. 323 S. 611, *Windſcheid* §. 180 Anm. 7 im Anfang, *Unterholzner* I. §. 131, S. 460—462. — Dagegen iſt Huſchke's

Stelle ihren Worten nach nicht von einer Unterbrechung der Ufucapion, fondern von einer Unterbrechung des Befitzes fpricht: es heifst nicht naturaliter interrumpitur usucapio, fondern naturaliter interrumpitur possessio. Wenn wir nun auch zugeftehen, dafs der hier gemeinte Befitz ein Ufucapionsbefitz in dem Sinne fei, dafs er einer usucapio als zum Grunde liegend gedacht wird, wofür die demfelben Buche des Gaius entnommene l. 1 h. t., fowie die Thatfache, dafs auf die Unterbrechung eben diefes Befitzes der Ausdruck usurpare angewendet wird, fpricht, fo ift doch der Befitz, den die l. t. possessio erfordert, feiner Natur nach kein anderer; es ift auch Ufucapionsbefitz und wenn wir daran fefthalten und uns ferner vergegenwärtigen, dafs die Klageanftellung des Eigenthümers gegen den Präfcribenten wirklich als eine Unterbrechung feines Befitzes gedacht wurde [20]), fo erfcheint es in hohem Grade wahrfcheinlich, dafs die Stelle diefen Gegenfatz zum Ausdrucke bringen wollte, und das ift um fo erklärlicher, wenn wir erwägen, dafs diefelbe einem Commentar zum Provinzialedicte entlehnt ift, fomit für den Juriften befondere Veranlaffung vorlag, des bei Provinzialgrundftücken in Anwendung tretenden Rechtsinftitutes zu gedenken.

Hiernach will die Stelle befagen: Seiner Natur nach wird der Befitz unterbrochen, wenn Jemand gewaltfamer Weife desfelben entfetzt oder Einem eine Sache entriffen wird. Hiebei ift zu bemerken:

Ausführung mit Entschiedenheit von *Krüger* in feiner Inauguraldiffertation de temporum computatione, Berol. 1861, pag. 46—51, angegriffen worden und ihm ift in jüngfter Zeit *Hölder* (die Theorie der Zeitberechnung nach römifchen Recht, Göttingen 1873 S. 120) beigetreten. Auch ich nehme keinen Anftand feinen Angriffen in allen wefentlichen Punkten beizuftimmen, nur bin ich in Bezug auf die pofitive Auffaffung der l. 5 cit. anderer Meinung. Wenn ich gleichwohl die wichtigften, gegen die Annahme einer civilis usurpatio fprechenden Gründe zufammenftelle, fo mag das die geringe Verbreitung der Differtationen überhaupt, insbefondere aber der Umftand rechtfertigen, dafs der Kritik Krüger's noch nicht die ihr gebührende Würdigung zu Theil geworden ift.

20) Vergl. darüber den folgenden §.

1) dafs die Befitzunterbrechung im Verhältnifs zu allen Perfonen wirkt, alfo in ihrer Wirkung nicht befchränkt ift auf die Perfon desjenigen, welcher fie vorgenommen hat, wie jene Befitzunterbrechung durch Anftellung der Eigenthumsklage gegen den Präfcribenten, welche lediglich dem Kläger felbft nützt;
2) dafs es gleichgültig ift, ob der Ufurpant Eigenthümer war oder nicht, während die Unterbrechung des Befitzes, die durch Klageanftellung erfolgt, Eigenthum des Klägers vorausfetzt. — Dafs letzterer in den Quellen nicht usurpans genannt wird, ift zwar richtig, aber der Ausdruck »qui usurpaverit« (ebenfo wie der vorangehende »qui eripit«) bezieht fich auch nicht unmittelbar auf ihn, fondern auf denjenigen, welcher den Befitz durch Entziehung der befeffenen Sache unterbrochen hat [21].

Wie l. 5 cit., fo bedarf auch die angezogene Stelle von Cicero zu ihrer Erklärung durchaus nicht der Annahme einer civilen Unterbrechung. Ja wir werden noch weiter gehen müffen und in Berückfichtigung des Zufammenhanges der letzteren Stelle mit den ihr vorhergehenden Paragraphen fagen müffen, dafs die ftreitigen Worte durch Hufchke eine befriedigende Erklärung nicht gefunden haben. Cicero klagt nämlich darüber, dafs Disciplinen, welche eigentlich den Rhetoren zugehörten, gegenwärtig von den Philofophen und ihren Schulen behandelt würden und diefe Thatfache veranlafst ihn, die Rhetoren als von ihrem Befitze (patrimonium) vertrieben (depulsi) und auf einen kleinen Theil (praediolum) ihres ihnen eigenthümlichen Gebietes befchränkt darftellen. An diefe Gedanken anfchliefsend bemerkt er dann weiter, die Redner nähmen das, was in Wahrheit ihr Eigenthum fei, von den Philofophen zu leihen [22]) und in

21) Den Schlufsfatz der Stelle »ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat, an ex lucrativa causa« beziehe ich mit Unterholzner I. §. 131, Note 454, S. 461, gleichfalls auf den Ufurpanten. Dagegen Schirmer a. a. O. und Krüger pag. 50.

22) Vergl. insbefondere de orat. III. 27. §. 108.

Hinblick auf den Umſtand, daſs erſtere ſich einer von den letzteren aufgeſtellten Eintheilung des Redeſtoffes bei Ertheilung des Unterrichtes bedienten, fügt er bei, die Rhetoren thäten das aber nicht in der Art, daſs ſie durch angeſtrengten Prozeſs oder überhaupt irgendwie ihren verlorenen Beſitz reell wiedererlangten, ſondern ſchienen ihn lediglich durch Abbrechung eines Zweiges zu uſurpiren (sed ita non ut iure aut iudicio aut denique [23]) recuperare omissam possessionem, sed ut ex iure civili surculo defringendo usurpare videantur). Wenn nun auch dieſe ganze Darſtellung eine rein bildliche iſt und es gewiſs nicht angemeſſen wäre die einzelnen Worte vom juriſtiſchen Standpunkte aus ſcharf zu betonen, ſo wird doch wohl ſo viel zuzugeben ſein, daſs dem uns entrollten Bilde im Allgemeinen richtige juriſtiſche Vorſtellungen zum Grunde liegen.

Wenn wir nun erwägen, daſs der auf der einen Seite Berechtigte, nämlich ſolche Perſonen, die als Eigenthümer gedacht ſind, auf der anderen Seite aber abſolut unberechtigte Beſitzer ſtehen, die ihren Beſitz lediglich einem gewaltſamen Eingriff in das fremde Eigenthum verdanken, ſo werden wir zu dem Schluſse gelangen müſſen, daſs an eine Uſucapion auf Seiten der Letzeren und mithin auch an eine Unterbrechung derſelben nicht gedacht werden konnte.

In früherer Zeit pflegte man das Abbrechen des Zweiges auf die Vorbereitung der manuum consertio zu beziehen, die an einem ſolchen vorgenommen worden wäre. Huſchke glaubt von dieſer Erklärung abgehen zu müſſen, weil eine Tautologie herauskäme, wenn nach iure aut iudicio eine dieſe einleitende Handlung erwähnt worden wäre. Dieſer Einwand würde allerdings, wenn er richtig wäre, nicht nur

23) So der handſchriftlich überlieferte Text von dem abzugehen ich mich um ſo weniger veranlaſst ſehe, als auch Huſchke eine Conjectur nicht für nothwendig hält, wenn man nur auf das Wort denique beſonderen Nachdruck legt. Ueber andere Leſearten vergl. *Huſche* a. a. O. S. 142. f. u. *Frid. Ellendt*, Ciceronis de orat. libri III. Regimontii Prussorum 1840, I. pag. 499.

die Unhaltbarkeit der erwähnten Auffassung ergeben, sondern überhaupt jede Untersuchung darüber, ob die surculi defractio einem vorbereitenden Stadium des Eigenthumsstreites angehört habe, geradezu abschneiden. Allein, er entbehrt ohne Zweifel jeder Begründung, da der Gegensatz in der Stelle offenbar durch die Worte recuperare und usurpare gebildet wird, nicht aber durch die, die Wiedererlangung und beziehungsweise die bloſse Usurpation bewirkenden Mittel.

Mehr Gewicht hat die andere Einwendung Huschke's, zum Zwecke der manuum consertio sei herkömmlich eine Scholle genommen worden.

Diese Thatsache ist mehrfach bezeugt[24]) und es scheint auch wohl anzunehmen zu sein, daſs dort, wo es sich nicht um einen eigentlichen Acker, sondern ein anderes ländliches Grundstück handelte, überhaupt ein Theil des Bodens selber zu dem genannten Zwecke gebraucht wurde[25]). Allein die hier einschlägigen Quellenzeugnisse beziehen sich doch erst auf die spätere Zeit, während früher als nach dem Rechte der XII Tafeln das manum conferere noch in unmittelbarer Beziehung auf das Grundstück selbst vorgenommen wurde, es nothwendig einen anderen Charakter gehabt haben muſs[26]) und somit für diese Zeit der Gebrauch eines Zweiges keineswegs ausgeschlossen ist. Freilich war diese älteste Form des Streitbeginnes zu Cicero's Zeit nicht mehr üblich und dieser Umstand bestimmt mich, jener Meinung[27]) beizutreten, welche die surculi defractio als einen Bestandtheil der deductio quae moribus fit aufgefaſst hat. Letzere war aller Wahrscheinlichkeit nach[28]) für Fälle

24) Cf. Gai. IV. 17. Gellius, noct. Att. XX. 10.

25) »terrae aliquid — uti unam glebam« sagt Gellius, n. Att. XX. 10.

26) S. Bethmann-Hollweg, I. §. 49. S. 33, Text zur Note 16 u. 17.

27) Cf. Krüger pag. 51. 52.

28) Vergl. die geistreiche Ausführung *Keller's* »über die deductio quae moribus fit und das interdictam Uti possidetis« in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft XI. Band, Berlin 1842. S. 287—304.

nicht ſtreitigen Beſitzes von Grundſtücken die Einleitungsform der actio in rem per sponsionem und ſtellte ſich — als Collectivhandlung betrachtet — »bildlich dar als eine Anmaſsung des Beſitzes und die ſiegreiche Abwehrung derſelben mittelſt gewaltſamer Abführung des Eingedrungenen durch den Beſitzer« [29]). Bezeugt iſt uns lediglich der Act des Deducirens ſelbſt auf Grund vorangegangener Vereinbarung [30]) und dieſer erhält durch die Annahme, der zu Deducirende habe vor der deductio, wenn es ſich um ein dazu geeignetes Grundſtück handelte, durch Abbrechung eines Zweiges bildlich Beſitz von dem ſtreitigen Objecte ergriffen [31]), eine nothwendige und gewiſs ſehr entſprechende Ergänzung.

Erſcheint nach dem Geſagten die civilis usurpatio als nicht erwieſen, indem die dafür vorgebrachten Quellenbelege auch eine anderweitige und befriedigendere Erklärung zulaſſen, ſo ſtehen ihr überdies die gewichtigſten Bedenken allgemeiner Natur entgegen. Nehmen wir an eine

29) Keller a. a. O. S. 291.

30) Cf. Cic. pro Tullio cap. 20.

31) Mit dieſer Auslegung iſt das Wort usurpare, das aus usum oder usu rapere entſtanden iſt und urſprünglich »etwas in ſeinen Gebrauch ziehen« — ſomit einem Anderen entziehen — bedeutet, ſehr wohl vereinbar (vergl. darüber insbeſondere die etymologiſche Erörterung von *Otfried Müller* im neuen Rheiniſchen Muſeum für Jurisprudenz, Göttingen 1833. V. S. 200—203 und *Böcking*, Pandekten, Leipzig 1855. II. Band, 1. Lief. §. 148. S. 115. N. 15). Aus dieſer Grundbedeutung laſſen ſich alle anderen Bedeutungen ohne Mühe ableiten, insbeſondere auch jene techniſche der Unterbrechung der Uſucapion [Rubr. Dig. de usurpationibus et usucapionibus, 41. 3, l. 2. u. l. 5. h. t.]. Daraus ergibt ſich ferner von ſelbſt, daſs die usurpatio nur inſofern eine usucapionis interruptio genannt wurde, als die Unterbrechung auf einer Beſitzentziehung durch Andere beruhte, nicht inſofern ſie in Folge ſonſtigen Beſitzverluſtes eintrat. Treffend hebt Müller S. 201. f. hervor, daſs usurpare immer dadurch von uti unterſchieden bliebe, daſs dieſes Wort ein fortdauerndes Verhältniſs, usurpare aber mehr den oder die einzelnen Acte des Gebrauchmachens bezeichnet und von dieſem Geſichtspunkt aus begreift es ſich leicht, wie Cicero dazu kommt die ſymboliſche Beſitzesanmaſsung durch surculi defractio eine usurpatio zu nennen.

derartige Unterbrechung habe wirklich beſtanden, ſo muſste ſie ein Inſtitut von ungemeiner praktiſcher Wichtigkeit ſein und es wäre in der That höchſt wunderbar, wenn das ganze uns überlieferte Quellenmaterial keine Spuren [32]) davon enthalten würde, wie das wirklich der Fall iſt. Unter derſelben Vorausſetzung wäre auch wohl kaum ein gerechter Grund für die von der römiſchen Jurisprudenz ausgebildete restitutio in integrum gegen die Uſucapion durch Abweſende und andere Perſonen, die mit Klage nicht zu belangen waren [33]), aufzufinden geweſen und ebenſo wenig wäre es erklärlich, was Juſtinian dazu beſtimmt hätte, die Eigenthümer in l. un. C. de transf. usuc. 7. 31. miseri domini zu nennen, wenn dieſe durch alljährliche Abbrechung eines Zweiges die Uſucapion fort und fort zu verhindern in der Lage geweſen wären. Endlich aber würde aus eben demſelben Grunde dieſe Unterbrechung den Zweck der Uſucapion — ne rerum dominia diu et fere semper incerta essent — geradezu vereitelt haben.

Dieſe Erwägungen führen mit Nothwendigkeit zu der Folgerung, daſs der Gedanke einer civilen, d. h. einer neben der natürlichen, beſtehenden Unterbrechung der usucapio dem römiſchen Rechte überhaupt fremd geweſen ſei und rechtfertigen es zugleich auch, den Grund für die nicht unterbrechende Wirkung der Litisconteſtation einfach darin zu erblicken, daſs ſie den Beſitz des Beklagten ſelbſt nicht berührte.

32) Die Bemühungen Huſchke's ſolche nachzuweiſen, ſind als ganz vergeblich zu bezeichnen. Cf. Krüger. pag. 48. 49.

33) Cf. l. 21—26 ex quibus causis maiores 4. 6.

§. 3.

Das Recht der longi temporis praescriptio.

Indem wir nunmehr zur praescriptio l. t. übergehen, betreten wir ein, fowohl in Bezug auf die Gefammtauffaffung des Inftitutes felber als auch in Bezug auf die einzelnen Quellenftellen fehr controverfes Gebiet. Dabei fehen wir zunächft noch ganz ab von den, durch Juftinian in der l. 8 C. de praescr. XXX. ann. 7. 39 und der l. un. C. de usuc. transf. 7. 31 herbeigeführten Veränderungen, insbefondere auch von dem berühmten Satze der erfteren Stelle, wonach an den Ablauf des longum tempus fchon nach den alten Gefetzen eine vindicatorifche Wirkung geknüpft fein follte (hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant), und betrachten die l. t. praescriptio lediglich in ihrer urfprünglichen Bedeutung. Man hat für fie fowohl Unterbrechung, wie Nichtunterbrechung durch Litisconteftation behauptet, und zwar theils fo, indem man fich lediglich auf die einzelnen Quellenausfprüche ftützte und diefelben im Sinne der einen oder der anderen Meinung auslegte, theils fo, indem man für die Entfcheidung diefer Frage tiefer liegende Gefichtspunkte zu gewinnen fuchte. Insbefondere haben fich hiftorifche Unterfuchungen über Entftehung und Wefen der l. t. praescriptio die Frage angelegen fein laffen, ob das Inftitut als Erfitzung oder Klagenverjährung aufzufaffen fei[34]. Während diejenigen, die der letzteren Anficht beipflichten, vielfach die Unterbrechung durch Litisconteftation behaupten[35], wird eine

34) Siehe insbefondere *Demelius* Unterfuchungen aus dem römifchen Civilrechte. I. Bd. I. Gefchichte der Klagenverjährung, §. 11. S. 82—88. ferner *Unterholzner* II. §. 174. 175 S. 78 ff. und *Puchta* Curfus der Inftitutionen, II. §. 240 in Vergleichung mit §. 208 dafelbft. Die hiftorifchen Unterfuchungen bei *Hameaux* §. 5—8 und *May* §. 2—10 beziehen fich nur auf das Verhältnifs der l. t. praescriptio zur usucapio, ohne auf das Wefen des Inftitutes felbft näher einzugehen.

35) Vergl. insbefondere *Wächter* S. 101 Note 85, welcher die unterbrechende Wirkung der Litisconteftation aus der Natur der l. t. praescriptio als einer Klagenverjährung erklärt.

solche Wirkung von den Vertretern der ersteren Meinung geleugnet und an dem Fortlauf der praescriptio trotz Erhebung der Eigenthumsklage festgehalten[36]).

Ich trage kein Bedenken, der l. t. praescriptio in ihrem Ursprunge den Charakter einer Ersitzung zu vindiciren. Das wird schon dadurch nahe gelegt, dass sie ein Ersatz für die usucapio in Fällen, wo diese nicht statthaben konnte, war, und durch die ganze Haltung der hier in Betracht kommenden Quellenstellen erwiesen, indem es nach Ausweis derselben der Besitz ist, welcher in seiner Dauer den Rechtserwerb begründet[37]). Dass die l. t. praescriptio nur zum Erwerbe einer Einrede, nicht aber zum Erwerbe des Eigenthums selber führte, erklärt sich daraus, dass an jenen Gegenständen, für welche dieses Institut allem Vermuthen nach zuerst eingeführt wurde, nämlich den Provinzialgrundstücken[38]), ein eigentliches Privateigenthum in älterer Zeit nicht anerkannt war[39]). Abgesehen aber von dieser Verschiedenheit des Rechtserwerbes, sowie von der verschiedenen Dauer der Fristen waren beide Institute ur-

36) *v. Buchholtz* a. a. O., insbesondere S. 133, *Demelius* S. 84 Note 3.

37) Die nähere Ausführung der im Texte vertretenen Ansicht findet sich bei *Demelius* S. 82—84, welcher an dieser Stelle auch den Nachweis dafür erbringt, dass die l. t. praescriptio eine Klagenverjährung gar nicht gewesen sein konnte, weil dieser Begriff wesentlich die Versäumniss der Klageanstellung durch den Berechtigten voraussetzt. Vergl. zudem die Definitionen der Klagenverjährung bei *Savigny* System V. S. 265, *Brinz* I. §. 48, *Puchta* Pand. §. 89.

38) Vergl. *Puchta*, Institutionen II. §. 240 *Unterholzner* I. §. 10, S. 39 f.

39) Noch Gaius II. 7 bemerkt, dass das Eigenthum am Provinzialboden entweder dem römischen Volke oder dem Kaiser zustehe und der Private lediglich possessio et ususfructus daran habe. Dass indessen diese Berechtigung des Einzelnen vom Eigenthume nicht mehr wesentlich verschieden war, geht schon daraus hervor, dass Gaius in §. 21 eod. diese Grundstücke unter den res nec mancipi aufzählt, welche durch blosse Tradition übereignet wurden. Cf. §. 20 eod. — *Unterholzner* II. §. 174 S. 78. In den Zeiten der Kaiser Diocletian und Maximinian ist das Privateigenthum an den Provinzialgrundstücken schlechthin anerkannt. Vergl. fragm. Vat. §. 315 und 316, l. 8 C. h. t. 7. 33.

fprünglich gewifs ganz gleichartig: wie die usucapio Erwerb des Eigenthums, fo war die l. t. praescriptio Erwerb einer Einrede gegen die Eigenthumsklage[40]) zu Gunften desjenigen, der eine in gutem Glauben und auf Grund eines Titels erworbene Sache lange Zeit hindurch befeffen hatte.

Aus diefer Auffaffung der l. t. praescriptio ergibt fich, dafs, wenn gegen den im Präfcriptionsbefitze Befindlichen geklagt wurde, das Verhältnifs im Grunde genommen kein anderes war, als wenn gegen den Usucapienten die rei vindicatio erhoben worden war. Der Ablauf des für die l. t. praescriptio vorgefchriebenen Zeitraumes mufste ebenfowohl vor der Litisconteftation vollendet fein, wie jener der usucapio, wenn fich der Beklagte wirkfam darauf berufen wollte. Nur unter diefer Vorausfetzung konnte es zu feiner Freifprechung kommen; anderen Falls, wenn die vorgefchriebene Zeit nicht verfloffen war, mufste deffen Verurtheilung erfolgen. In diefer Beziehung, infoferne alfo weder die nach der Litisconteftation abgelaufene l. t. praescriptio, noch die danach vollendete usucapio die Anerkennung des klägerifchen Eigenthumes durch den Richter und folgeweife die Verurtheilung des Beklagten hinderte, läfst fich von einer Unterbrechung des Zuftandes fprechen, der ohne in Mitten liegende Litisconteftation nothwendig zur Abweifung des Klägers geführt hätte und fomit im uneigentlichen Sinne auch von einer Unterbrechung der usucapio und l. t. praescriptio felbft.

Allein eine Verfchiedenheit beider Inftitute befteht in diefer Richtung doch, wenn fie auch nur in dem verfchiedenen Charakter des Rechtserwerbes begründet ift. Während die usucapio als folche nach erhobener Eigenthumsklage fortlief und mit ihrem Ablauf für den Beklagten den Erwerb des Eigenthumes mit allen feinen Confequenzen

---

40) Diefes Ausdruckes wollen wir uns der Kürze halber hier und in Folgendem bedienen, wenn auch nicht verkannt werden foll, dafs urfprünglich bei Provinzialgrundftücken eine folche Klage nicht ftattfinden konnte. Siehe die vorhergehende Note.

begründete, konnte, wenn das longum tempus nach der Litisconteſtation vollendet war, die Einrede für den Beklagten nicht mehr in Erſcheinung treten, weil für ihre Begründung, mochte der Proceſs auch noch ſo lange dauern[41]), immer der Zeitpunct der Litisconteſtation maſsgebend blieb. Könnte man nun annehmen, der Eigenthümer habe ſeine Klage gegen den Präſcribenten überhaupt nur ein Mal anſtellen können, ſo würde durch dieſen Act der Erwerb der Einrede definitiv ausgeſchloſſen geweſen ſein. Freilich würde die ſo gegebene Unterbrechung nicht in der Natur des Rechtsinſtitutes ſelber, ſondern in dem Satze des Proceſsrechtes, daſs zweimal über dieſelbe Sache nicht geklagt werden könne, ihren Grund haben.

Indeſſen läſst ſich die Möglichkeit der Anſtellung einer zweiten Klage nicht in Zweifel ziehen. Die Verwirklichung der Regel: »ne bis de eadem re sit actio« war ja bei den meiſten Proceſſen und jedenfalls bei allen actiones in rem[42]) in die Willkür des Beklagten gelegt. Seine Sache war es, den Prätor zu veranlaſſen, die exceptio rei in iudicium deductae in die Formel einzuſtellen. War das nicht geſchehen, ſo konnte ſich der Beklagte nach dem Geſagten ſehr wohl auf den Ablauf des nunmehr vollendeten longum tempus berufen. Allerdings wird dieſer, an ſich zwar mögliche Fall praktiſch ſo ziemlich ohne Bedeutung geweſen ſein.

Von ungleich gröſserer Wichtigkeit war es, daſs der Eigenthümer ſich zur Geltendmachung ſeines Rechtes ſelber dadurch eine weitere Klage vorbehalten konnte, daſs er die erhobene auf einen beſtimmten Erwerbungsgrund be-

---

41) Die Regel über die beſchränkte Dauer der iudicia, quae imperio continentur (Gai. IV. 105), zu welchen die Proceſſe, wo eine l. t. praescriptio in Frage kommen konnte, regelmäſsig gehört haben werden, iſt, jedenfalls in den Kaiſerprovinzen, ſchon frühe auſser Uebung gekommen. Vergl. *Keller* Civilproceſs §. 45 Note 522. Ueber die l. 49 §. 1. de iud. 5. 1 und deren Verhältniſs zu l. 13 §. 1. de iurisd. 2. 1 ſiehe *Keller*, Litisconteſtation S. 161—165.

42) Vergl. Gai. IV. 106. 107, III. 181.

schränkte[43]). Auch hier war es möglich, dass der Beklagte die exceptio longi temporis der zweiten Klage gegenüber mit Erfolg vorschützte.

Zu diesem Resultate gelangen wir, wenn wir die l. t. praescriptio als Erwerb einer Einrede auf Grund langjährigen qualificirten Besitzes auffassen; es frägt sich nunmehr, wie sich die Aussprüche unserer Quellen dazu verhalten. Damit sind jedenfalls vollkommen vereinbar:

l. 10. C. de longi temporis praescriptione. 7. 33. [Impp. Diocletian. et Maxim.] Nec bona fide possessionem adeptis l. t. praescriptio post moram litis contestatae proficit, cum post motam controversiam in praeteritum aestimetur.

l. 26. C. de rei vind. 3. 32. [Iidem] Morae litis causam possessoris non instruunt ad inducendam longae possessionis praescriptionem, quae post litem contestatam in praeteritum aestimatur.

indem hier nur ausgesprochen wird, dass die Zeit des Pro-

43) Dieser Satz, der sich auf l. 11 §. 2 und l. 14 §. 2 de exc. rei iudicatae 44. 2 stützt, ist mit Recht von jeher anerkannt worden. Noch bei *Keller*, Litiscontestation und Urtheil 1827, S. 290 f., findet sich keine Spur des Widerspruches. Erst *Puchta* hat im Jahre 1828 (Rheinisches Museum für Jurisprudenz II. S. 251—270), die Auslegung der citirten Stellen angegriffen und die Möglichkeit einer zweiten Anstellung der Eigenthumsklage schlechthin verneint (s. auch desselben Vorlesungen über das heutige römische Recht, 5. Aufl. Leipzig 1862, I. Bd. VIII. Beil. S. 476—478, und seine Institutionen II. Bd. §. 175, Text zu den Noten gg—ii). Ihm stimmen ausser einigen Anderen *Zimmern* (Geschichte des römischen Privatrechts, 3. Bd. Heidelberg 1829, §. 53, Note 7, S. 152) und *Vangerow* (I. §. 173, S. 284 f.) bei. Indessen ergibt sich, abgesehen von Anderem die Unrichtigkeit der *Puchta*'schen Meinung schon aus dem inneren Zusammenhange der l. 11 §. 1—4 cit. und überdies spricht ein positives Argument in Gestalt der l. 7 §. 2 de her. pet. 5. 3 dagegen, indem durch diese Stelle erwiesen wird, dass bei Klagen in rem eine Theilung der Entstehungsgründe mittelst eines Vorbehaltes möglich war. Vergl. *Savigny*, System, VI. 17. Beil. S. 514—535, *Bekker*, die processualische Consumption im classischen römischen Recht, Berlin 1853, §. 19, S. 248 f., *Brinz* I. S. 157 f., *Rudorff* in der Anm. zu Puchta's Vorlesungen, a. a. O. S. 478 f., *Keller*, Civilprocess §. 73, Text zu Note 857, *B. Hollweg* II. §. 90, S. 239 f.

ceffes nicht geeignet fei, den Erwerb der Einrede zu begründen.

Andere Stellen aber laffen fich durch das Gefagte in befriedigender Weife nicht erklären; fo zunächft l. 1 C. h. t.

[Impp. Severus et Antoninus.] Cum post motam et omissam quaestionem res ad nova dominia bona fide transierint et exinde novi viginti anni intercesserint sine interpellatione, non est inquietanda, quae nunc possidet, persona: quae sicut accessione prioris domini non utitur, qui est inquietatus, ita nec impedienda est, quod ei mota controversia sit. Quodsi prior possessor inquietatus est: etsi postea per longum tempus sine aliqua interpellatione in possessione remansit, tamen non potest uti longi temporis praescriptione, quod etiam in re publica servari oportet.

Der hier ausgefprochene Satz, dafs fich der ein Mal vor Ablauf des longum tempus belangte Befitzer der Einrede des langjährigen Befitzes nie mehr bedienen könne, erfcheint lediglich als eine Wirkung der Litisconteftation, wenn man annimmt, der Schlufs vorftehender Stelle handele von der Wiederaufnahme eines liegen gebliebenen Proceffes, was dadurch gerechtfertigt wird, dafs ausdrücklich eine lis omissa vorausgefetzt wird[44]). Die Kaifer wollten fonach nur fagen, dafs die Berufung auf eine während des Stillftandes des Proceffes vollendete l. t. possessio unftatthaft fei[45]). Bekam während diefer Zeit ein Anderer auf Grund eines Titels und in gutem Glauben die ftreitige Sache, fo

44) Vergl. *Arndts* §. 163 Anm. 2, gegen *Windfcheid* §. 180 Anm. 7.

45) Für diefen Satz ift es ganz gleichgültig, ob man annimmt, die Klage fei im Wege des ordentlichen oder im Wege des aufserordentlichen Verfahrens verhandelt worden; nur ift in erfterem Falle vorauszufetzen, dafs der Beklagte die Einfügung der l. t. exceptio in die formula veranlafst hatte, während es bei der extraordinaria cognitio zuläffig war, peremtorifche Einreden bis zum Endurtheile — ja fogar noch in der Appellationsinftanz — vorzufchützen. Vergl. *B. Hollweg* III. §. 154, N. 25, S. 268.

erwarb er durch zehn- oder zwanzigjährigen Befitz die exceptio longi temporis. Dagegen konnte er fich den Befitz feines Auctors nicht zurechnen. Diefe letztere Beftimmung fteht im Widerfpruche mit dem Satze, dafs bei der l. t. praescriptio ganz allgemein accessio possessionis ftattfand[46], und läfst fich durch die Wirkungen der Litisconteftation an fich nicht erklären. Wenn aber gleichwohl letzterer die Wirkung zukommt, dafs der Befitz dadurch ein der Acceffion unfähiger wird, während doch gewifs ift, dafs bei dem Präfcriptionsbefitze Acceffion ftattfindet, fo mufs behauptet werden, dafs der Befitz, in Bezug auf welchen die rei vindicatio angeftellt worden ift, eben kein Präfcriptionsbefitz mehr ift, dafs alfo die l. t. praescriptio nach dem Rechte der hier fraglichen Conftitution nicht blos einen durch Titel und guten Glauben qualificirten Befitz, fondern auch die Nichtanftellung der Eigenthumsklage erfordert.

Die Richtigkeit diefer Folgerung wird erwiefen durch die nächfte Stelle deffelben Titels, welche die l. t. praescriptio nur denjenigen einräumt, welche einen durch Erhebung des Eigenthumsftreites nicht unterbrochenen Befitz innehatten.

l. 2. [Impp. Dioclet. et Maxim.] Longi temporis praescriptio his, qui bona fide coeptam possessionem et continuatam nec interruptam inquietudine litis tenuerunt, solet patrocinari [286].

In demfelben Sinne ift nach l. 4 C. quibus non obiicitur l. t. praescr. 7. 35 eine possessio, quae inconcussa sine controversia perseveravit, erforderlich, damit die der Eigenthumsklage entgegengeftellte praescriptio rechtliche Wirkung haben könne.

Meinem Vermuthen nach liegt der Grund diefes an fich vollkommen klaren Rechtsfatzes in der Billigkeit. Gewifs ift es, dafs zufolge der Natur der Litisconteftation der vor Ablauf des longum tempus belangte Befitzer nie mehr

46) Vergl. l. 76 §. 1 de contr. emt. 18. 1. — *Unterholzner* I. §. 132, S. 464 f., *Vangerow* I. §. 322, S. 609.

dieser Eigenthumsklage gegenüber die l. t. praescriptio vorschützen konnte. Dieser Satz mufste den Eigenthümer in allen jenen Fällen vor Verlust seines Rechtes bewahren, wo er im Wege nur eines Processes zur Anerkennung desselben gelangte, nicht aber dann, wenn er, vielleicht mit gutem Grunde[47]), die erste Klage auf einen bestimmten Erwerbsgrund beschränkt hatte und mit derselben abgewiesen, eine zweite Vindication nach Ablauf des longum tempus anstellte. Und doch war es auch hier derselbe Anspruch, dasselbe Eigenthum, das in Frage stand, also materiell gar kein Grund vorhanden, diesen Fall anders als den vorher erwähnten zu behandeln. Die Erkenntnifs der inneren Gleichartigkeit beider Fälle mochte es daher gewesen sein, die dazu bestimmt hat, der einmal vor Ablauf des longum tempus erfolgten Litiscontestation schlechthin die Wirkung beizulegen, dafs dadurch der Erwerb der Einrede für den beklagten Besitzer auch einer späteren Eigenthumsklage gegenüber ausgeschlossen wurde.

Sei dem auch, wie ihm wolle, jedenfalls ist in der Anerkennung des besprochenen Rechtssatzes ein neues Erfordernifs für die l. t. praescriptio aufgestellt. Nach der Ausdrucksweise der Quellen scheint damit nur eine besondere Eigenschaft des Besitzes selbst gemeint zu sein. Sie sprechen, wie wir gehört haben, von einer possessio inconcussa, einer possessio non interrupta inquietudine litis; in der That aber liegt dieses Erfordernifs nicht auf Seiten des Besitzers, sondern auf Seiten des Eigenthümers. Während früher der Beklagte die Eigenthumsklage lediglich auf Grund langjährigen Usucapionsbesitzes abwies, wendet er jetzt, indem er die l. t. praescriptio vorschützt, dem Kläger, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch der Sache nach ein, letzterer habe, während er sich im Besitze befunden, Klage gegen ihn nicht angestellt. Es liegt sonach in den angezogenen Stellen schon der Keim des Gedankens, der in der Theodo-

47) Vergl. *Savigny*, System VI. S. 520 f.

sianischen Gesetzgebung endlich zum siegreichen Durchbruche gelangt ist: dass es die andauernde Unthätigkeit — das silentium — des Klägers ist, welche für ihn den Verlust seines Klagerechts zur Folge hat.

Dass er noch nicht zum bewussten Ausdrucke gelangt ist, erklärt sich daraus, dass man an dem Grundgedanken, die l. t. praescriptio sei ein Erwerb per continuationem possessionis und somit eine Ersitzung, festhielt. In dieser Anschauung befangen sprechen die Quellen von einem durch Klageanstellung unterbrochenen Besitze, während in der That nicht der Besitz, sondern das stillschweigend vorausgesetzte silentium auf Seiten des Klägers unterbrochen wurde.

Charakteristisch für diese römische Anschauungsweise ist die schwierige l. 10 C. de acq. vel am. poss. 7. 32, die meines Erachtens nur dadurch einen vernünftigen Sinn bekommen kann, dass man sie mit dem Rechte der l. t. praescriptio in Verbindung bringt[48]).

[Constantinus ad Maternum] Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem: aliam, quae iure consistit, aliam quae corpore: utramque autem ita demum esse legitimam, cum omnium adversariorum silentio ac taciturnitate firmetur: interpellatione vero et controversia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet [314].

Wie die Inscription derselben ergibt, handelt es sich um ein Rescript an einen gewissen Maternus. Dieser mochte beim Kaiser angefragt haben, ob ihn nicht rechtmässig erlangter, während des longum tempus innegehabter Besitz

48) Kierulff S. 284 Anm. bezieht sie auf einen Streit, wer Besitzer der Sache sei. Diese Deutung ist mit Recht vereinzelt geblieben; ihr widerspricht die ganze Haltung der Stelle. Dieselbe auf die alte usucapio zu beziehen, ist deswegen unzulässig, weil hier auf die taciturnitas der Gegner, wie §. 2 gezeigt hat, überhaupt kein Gewicht gelegt wurde.

gegen die Eigenthumsklage fchütze, und allenfalls beigefügt haben, dafs er früher allerdings einmal mit diefer Klage belangt worden fei. Der Kaifer antwortet: Darüber fei Niemand in Zweifel, dafs der Befitz — nämlich der hier in Frage ftehende — eine doppelte Beziehung habe: die eine, in den thatfächlichen Vorausfetzungen deffelben beruhend, die andere, welche im Rechte, d. h. dem Rechtstitel für den Befitz, begründet ift. Allein der Befitz in diefen beiden Beziehungen fei doch nur dann ein gefetzlich anerkannter, d. h. vom Rechte mit der Wirkung des Erwerbes der l. t. praescriptio ausgeftattet, wenn er gefeftigt werde durch das Schweigen aller Gegner; denn wenn einmal eine Klage erhoben und es zum Streite gekommen fei, fo könne man den nicht als Befitzer betrachten (wiewohl er es felbftverftändlich ift), welcher, obgleich er die Sache in Händen hat, doch über feine Berechtigung zum Befitze[49]) zufolge des Procefsbeginnes im Zweifel ift. — Es tritt uns alfo auch in diefer Stelle, die genau genommen nur den Gedanken der drei zuletzt befprochenen Stellen zum Ausdrucke bringt, die Anfchauung entgegen, dafs der Befitz felber in Folge der Klageanftellung nun nicht mehr als qualificirt erfcheine, die Einrede zu begründen. Die eigenthümliche und jedenfalls nicht zutreffende Begründung diefes Satzes aus der fubjectiven Innerlichkeit des Befitzers heraus[50]) dürfte auf einer Verkennung der hiftorifchen Entwickelung deffelben beruhen.

Wenn auch die bisher berückfichtigten Stellen vorwiegend den Befitz des Beklagten betont haben, fo hat doch die römifche Jurisprudenz die felbftändige Bedeutung des zweiten Momentes gleichfalls gewürdigt. Das tritt insbefondere darin hervor, dafs unfere Einrede geradezu eine

---

49) Dafs hier der Ausdruck ius possessionis im Sinne von ius possidendi gebraucht ift, erkennt auch *Savigny* an. Siehe das Recht des Befitzes, 7. Aufl., S. 44 in der Anm. zu S. 43.

50) Vergl. *Ihering*, Geift des römifchen Rechts, 2. Aufl. II. 2, §. 43, Note 593, S. 415.

diuturni silentii praescriptio genannt wird [51]), welcher Ausdruck lediglich auf die klägerischerseits geforderte Unthätigkeit gerichtet ist. Wollte man daher das Wesen derselben erschöpfend bezeichnen, so müsste man sie eine praescriptio longae possessionis et diuturni silentii nennen.

Am Schlusse dieses Abschnittes ist noch der Frage zu gedenken, wann nach dem Rechte der hier erörterten Constitutionen die unterbrechende Wirkung der Processerhebung eintrat. Während mehrere der einschlägigen Bestimmungen sich unbestimmt verhalten [52]), nennen andere [53]) die Litiscontestation als den dafür entscheidenden Act. Wollte man auch annehmen, l. 26 C. de rei vind. knüpfe nur aus Anlass des etwa zur kaiserlichen Entscheidung vorliegenden Falles an die Litiscontestation diese Wirkung, so lässt l. 10 C. de poss. doch keinen Zweifel darüber aufkommen, dass von diesem Zeitpuncte an die Unterbrechung eintrete [54]). Dem entgegen soll nach l. 1 und l. 10 C. h. t. die mota controversia die l. t. praescriptio unterbrechen. Dass aber unter diesem Ausdrucke im technischen Sinne die Mittheilung der Klage an den Beklagten zu verstehen ist, erhellt deutlich aus l. 25 §. 7 de her. pet. 5. 3. Wenn es nun auch nicht unwahrscheinlich ist, dass in l. 1 cit. die fraglichen Worte nur in der allgemeinen Bedeutung der Streiterhebung gebraucht sind, so will es mir doch scheinen, als ob diese für l. 10 eod. ausgeschlossen bleiben müsse. Die sonach vorhandene Antinomie dürfte sich vielleicht so erklären, dass man mit der Aufhebung des ordo iudiciorum darüber in's Schwanken gerieth, mit welchem Augenblicke fortan die Klage als angestellt zu erachten sei, sich aber später ent-

51) l. 1. C. de commun. rerum alienatione 4. 52, vergl. ausserdem l. 5 C. h. t. — silentii longi temporis praescriptione repelli — und l. 1 C. si adversus creditorem 7. 36. Diuturnum silentium longi temporis praescriptione corroboratum —.

52) l. 2 C. h. t. und l. 4 C. quibus non obiic. 7. 35.

53) l. 26 C. de rei vind. 3. 32, l. 10 C. de poss. 7. 32, l. 2 C. ubi in rem actio 3. 19.

54) Vergl. insbesondere die Schlussworte der oben abgedruckten Stelle.

ſchieden für den Zeitpunct ausſprach, wo der Beklagte ſich auf die klägeriſchen Rechtsbehauptungen eingelaſſen hatte, und ſomit der Litisconteſtation in ihrer materiellen Bedeutung die unterbrechende Wirkung beilegte[55]). Daſs es wirklich dieſe Meinung iſt, die zur Anerkennung gelangte, das bezeugt auſser der l. 10 C. de poss. insbeſondere die aus dem Jahre 331 datirende l. 2. C. ubi in rem actio 3. 19, indem hier im Falle des Ungehorſams des benannten Beſitzers behufs Unterbrechung der l. t. praescriptio gerade die Litisconteſtation, als im Momente der Ladung des Beklagten geſchehen, fingirt wird[56]).

§. 4.

Das Justinianische Recht.

Unzweifelhaft iſt, daſs im Juſtianiſchen Rechte ſich die l. t. praescriptio als eine Erſitzung in dem Sinne darſtellt, daſs ſie gleich der usucapio den Erwerb des Eigenthumes ſelbſt zur Folge hat; zweifelhaft dagegen und beſtritten iſt, ob ſie dieſen Charakter nicht ſchon früher[57]) erhalten hat.

Die hier in Betracht kommende Stelle iſt l. 8. pr. C. de praescr. XXX. ann. 7. 39. aus dem Jahre 528:

Si quis emtionis vel donationis vel alterius cuiuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit, et longi temporis exceptionem contra dominos eius vel creditores hypothecam eius praetendentes sibi acquisierit, posteaque

55) Dafür erklärt ſich auch eine zweit- und drittinſtanzielle Entſcheidung in Seuffert's Archiv VIII. Nr. 233.

56) Vergl. l. 2 C. cit. in den Worten: — tamquam lite, quae ei ingeritur, ex eo die, quo possessor ad iudicium vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem, contestata —.

57) Dafür entſcheiden ſich *Hameaux* S. 25 Note 55, *May* S. 6 Note 11 u. *Puchta* Inſtitutionen §. 240 Note f. S. 668; dagegen *Unterholzner* u. *Arndts;* vergl. die Note 60.

fortuito casu possessionem eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus. Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.

Hier ist klar und deutlich ausgesprochen, dafs derjenige, der eine l. t. exceptio erworben hatte, nunmehr auch eine actio ad vindicandam rem haben folle, und beigefügt, dasfelbe haben fchon die alten Gefetze beftimmt, wenn fie Jemand genau betrachte. Dafs unter der actio ad vindicandam rem nur die rei vindicatio zu verftehen fei, ift wohl nicht zu bezweifeln. Es ift nun auf Grund der angeführten Worte behauptet worden, es fei fchon lange vor Juftinian — feit Hadrians Zeiten [58]) — dem Präfcribenten eine utilis rei vindicatio gegeben worden. Allein, wenn diefe Anficht begründet wäre, fo würde einmal in der angezogenen Conftitution gar keine Neuerung liegen, die doch nach den Worten »posse eum etiam ad vindicandam eandem rem habere sancimus« anzunehmen ift, und ferner wäre der erwähnte Zufatz in feiner eigenthümlichen Faffung durchaus nicht erklärt. Wenn dem Präfcribenten fchon lange vorher eine dingliche Klage, wie nach l. 8 pr. cit. gegeben war, was bedurfte es dann erft einer genauen Betrachtung der fie gewährenden Gefetze? Die Worte »si quis eas recte inspexerit« enthalten doch einen deutlichen Fingerzeig dafür, dafs die dingliche Wirkung im Sinne der alten Gefetze

58) Dafür, wie überhaupt für die im Texte mifsbilligte Anficht fpricht als einzig greifbares Argument l. 13. §. 1. D. de iurei. 12. 2 (Ulpianus l. XXII. ad edictum) Julianus ait eum, qui iuravit, fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere. Dafs unter der utilis actio eine dingliche Klage zu verftehen fei, ift wohl unbeftreitbar. Diefe Schwierigkeit läfst fich nicht durch die gekünftelte und innerlich unwahrfcheinliche Meinung Unterholzners (II. S. 80. 81) befeitigen, dafs diefe dingliche Klage lediglich gegen den befitzenden Deferenten gerichtet war, der fich dagegen nicht durch die l. t. exceptio fchützen könne. Weitaus wahrfcheinlicher ift es, dafs Julian das hier erwähnte ius iurandum als einen Titel für die alte usucapio anerkannt habe, dafs aber die Compilatoren die Stelle, weil fie von einem fundus handelte, interpolirt haben.

nicht unmittelbar durch eine Klage anerkannt war. Will man den fraglichen Worten vollkommen gerecht werden, so wird man nicht umhin können, anzunehmen, dass die Bestimmung Justinians zwar materiell keine Aenderung bewirkte, dass man also vor, wie nach die abhanden gekommene Sache, die man während langer Zeit innegehabt hatte, im Rechtswege dem Besitzer abverlangen konnte, dass aber die formal juristische Behandlung fortan eine andere war, indem man dasselbe, was man nunmehr unmittelbar durch Vindication, früher indirect durch eine replicatio erreichte. Jedenfalls hatte derjenige, welcher eine l. t. praescriptio erworben und des Sachbesitzes verlustig geworden war, die actio Publiciana [59]) als wirksame Klage gegen jeden Besitzer, soweit dieser nicht die Einrede besseren Rechtes an der Sache vorzuschützen in der Lage war. Dieser gegenüber aber konnte sich der Kläger mittelst einer replicatio auf den Ablauf des longum tempus stützen und dieser Einwand musste ebenso wie die Vindication die Verurtheilung des Beklagten herbeiführen. In dieser indirecten Weise gewährte die l. t. praescriptio in der That alle Vortheile einer eigentlichen Ersitzung [60]).

Wenn sonach dem praktischen Erfolge nach die von Justinian eingeführte Aenderung ohne Belang war, so war damit doch, so harmlos auch die angeführten Worte der Constitution klingen mögen, für die juristische Betrachtung ein wichtiger Unterschied gegen das bisher bestehende Recht gegeben.

Mit der Erwerbung der Eigenthumsklage hatte der Präscribent nothwendig, auch das Eigenthum an der lange Zeit besessenen Sache erworben, der bisherige Eigenthümer

---

59) Vergl. l. 12. §. 2 de Publ. act. 6. 2 und Unterholzner II. S. 79. Note 573c).

60) Diese Ansicht ist näher ausgeführt bei *Unterholzner* II. §. 174. S. 80. 81. Note 574; ihr tritt bei *Arndts* §. 157, Text zu Note c, S. 244, welcher an dieser Stelle (Text zu Note b) die l. t. praescriptio sehr bezeichnend »eine Art von indirecter Ersitzung« nennt.

dasſelbe ſomit verloren. Wenn das aber richtig iſt, ſo folgt weiter, daſs die praescriptio in der Bedeutung eines, das an ſich begründete Klagrecht elidirenden Gegenrechtes zu beſtehen aufgehört hatte und eine eigentliche Erſitzung des Eigenthumes geworden war. Allerdings ſtehen dieſer Ausführung die Worte der Conſtitution ſelbſt entgegen. Danach möchte es ſcheinen, als habe die Eigenthumsklage mit der praescriptio l. t. concurrirt. Juſtinian ſagt ja ausdrücklich, derjenige, welcher eine l. t. praescriptio gegen die Eigenthümer oder die Pfandgläubiger erworben habe, könne nach Verluſt der Sache dieſelbe auch vindiciren. Allein dieſer Widerſpruch kann an dem Weſen der Sache doch nichts ändern und dürfte zudem nur ein ſcheinbarer ſein Nach wie vor mochte der im Beſitze befindliche Beklagte der Klage gegenüber in der Form einer Einrede die Behauptung langjährigen und qualificirten Beſitzes entgegenſetzen, aber die Bedeutung dieſer Einwendung war ſeit der l. 8. cit. eine ganz andere als vorher. Während früher dadurch das klägeriſche Recht durchaus nicht abgeſprochen wurde, iſt ſie jetzt ihrem inneren Weſen nach nur eine motivirte Verneinung des Klagrechtes ſelber. Die Ausdrucksweiſe Juſtinians aber erklärt ſich einfach dadurch, daſs er auf die in unſerer Theorie aufgeſtellte und in der Natur der Sache auch begründete Scheidung der Einrederechte von jenen Einwendungen, die im Grunde nur Verneinungen des Klagrechtes ſind, kein Gewicht legte und er dieſelben lediglich in ihrer prozeſſualen Bedeutung auffaſste. Daſs ſich das ſo verhielt, zeigt deutlich l. 30. C. de iure dot. 5. 12, in welcher er von der temporalis exceptio per usucapionem inducta ſpricht, was den claſſiſchen Juriſten gewiſs nie in den Sinn gekommen wäre [61].

---

61) Mit dieſer Ausführung ſtimmt im Weſentlichen Bethmann-Hollweg (III. S. 154 f.) überein, der a. a. O. treffend nachweiſt, wie das Juſtinianiſche Recht dazu gelangte, den Ausdruck exceptio auf Fälle der ipso iure vorhandenen Nichtigkeit des in der Klage behaupteten Rechtes anzuwenden und hiefür als Beiſpiel u. A. auch die Eigenthumserſitzung (vergl. Text zu Note 17) anführt.

Ein weiteres, für die Erfitzungslehre höchft wichtiges Gefetz ift die l. un. C. de usucapione transformanda 7. 31. aus dem Jahre 531. Man war auf Grund derfelben vielfach beftrebt die uns befchäftigende Frage zu entfcheiden, theils indem man daraus zu folgern fuchte, dafs für die Erfitzung des Juftinian'fchen Rechtes der Charakter der usucapio [62]) oder jener der l. t. praescriptio [63]) mafsgebend fein müffe, theils auch, indem man die Fortdauer beider Inftitute als Regel hinftellte [64]) und dem entfprechend bald den Fortlauf, bald die Unterbrechung oder endlich, je nachdem im einzelnen Falle eine usucapio oder eine l. t. praescriptio in Frage fei, das Eine oder das Andere als die Folge der Anftellung der Eigenthumsklage behauptete.

Mit Recht haben fich in der neueren Zeit gewichtige Stimmen gegen eine folche Auslegung erklärt [65]). In der That enthält das Gefetz aufser den beiden allgemeinen Regeln über die bona fides und die accessio possessionis, fowie die Beftimmung der Aufhebung des Unterfchiedes zwifchen res mancipi und res nec mancipi, nur eine Ausgleichung der bis dahin geltenden verfchiedenen Erfitzungsfriften. Dabei geht der Gefetzgeber offenbar von dem Gedanken aus, dafs die beiden Inftitute, welche der Juftinian'fchen Erfitzung zum Grunde liegen, im Uebrigen gleiche feien und glaubt fonach in feiner Conftitution ein einheitliches Inftitut gefchaffen zu haben, wie aus den Schlufsworten derfelben (ut sit rebus et locis omnibus similis ordo inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis) deutlich hervorgeht. Wenn fich aber gleich wohl noch Verfchiedenheiten in unferen Quellen finden follten, fo frägt es fich, woran man fich zu halten hat. Ich glaube man wird fich

62) *Savigny* VI. S. 57—60, *Vangerow* I. §. 316 Anm. S. 580 f., *Unterholzner* II. §. 178 S. 87—96, *Karl Sell,* Römifche Lehre der dinglichen Rechte S. 126. 127 u. Anm. zu S. 127.

63) *Donellus*, comm. iuris civ. l. V. c. 4, *Schmid* §. 14 Note 3 S. 186—188.

64) *Hameaux*, die usucapio u. l. t. praescriptio.

65) *Arndts* §. 157 Anm. 6, S. 247, *Brinz* §. 57, S. 207.

nach der Abficht des Gefetzgebers, ein einheitliches Inftitut zu fchaffen, für die eine oder die andere Beftimmung unter Würdigung aller Umftände zu entfcheiden haben, ohne principiell dem Rechte der usucapio oder jenem der l. t. praescriptio den Vorzug geben zu können. Sollten fich dabei Eigenthümlichkeiten der letzteren finden, die lediglich auf ihrer früheren Eigenfchaft einer exceptio beruhen, fo wird man beffer thun, davon Umgang zu nehmen, da das neue Inftitut doch Erfitzung fein follte (pr. J. de usuc. 2. 6)[66]. Dagegen wird der Meinung[67]) nicht beizupflichten fein, die für den Fall einer Verfchiedenheit der Rechtsbeftimmungen für die unbeweglichen Sachen das Recht der praescriptio, für die beweglichen jenes der usucapio angewendet wiffen will. Der Umftand, dafs in der Compilation das Wort usucapio, wo es fich um die Erfitzung unbeweglicher Sachen handelt, durchgängig durch den Ausdruck longo tempore capio und ähnliche erfetzt worden ift, kann eine folche Scheidung nicht rechtfertigen, weil er fich dadurch vollkommen befriedigend erklärt, dafs seit dem Jahre 528 eine wahre Erfitzung unbeweglicher Sachen durch zehn und zwanzigjährigen Befitz unter dem Namen einer praescriptio l. t. exiftirte und fich fo mit diefem Ausdrucke die Vorftellung einer lange Zeit dauernden Erfitzung im Gegenfatz zu der alten usucapio verknüpfte. Es ift daher ganz natürlich, dafs Juftinian, nachdem er durch die l. un. cit. im Jahre 531 diefelben Friften auf die Erfitzung italifcher Grundftücke erftreckt hatte, auch für deren Bezeichnung denfelben Ausdruck gebrauchte, zumal feiner Meinung nach ein Unterfchied zwifchen beiden Inftituten nicht obwaltete.

Bieten nach dem Gefagten die das Recht der Erfitzung abfchliefsenden Gefetze keine fichere Grundlage für die Entfcheidung unferer Frage und ift es ferner gewifs, dafs auch anderweitige Gefetze Juftinians diefelbe nicht zum

66) Vergl. *Brinz* I. §. 57 a. E. S. 207.

67) *Arndts* §. 157. Text zu Note 6, S. 245.

Austrage bringen [68]), ſo bleibt nichts Anderes übrig, als nach inneren Gründen zu forſchen, die für die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des Begriffes der Unterbrechung ſprechen. Daſs die Erſitzung durch Anſtellung der Eigenthumsklage nicht unterbrochen zu werden braucht, iſt an und für ſich klar und für das Juſtinianiſche Recht ebenſo wenig in Abrede zu ſtellen, wie für das Recht der alten usucapio. Es kann daher nur in Frage kommen, ob eine Unterbrechung, wie ſie bei der l. t. praescriptio vorkam, auch auf die Juſtinian'ſche Erſitzung Anwendung finden *könne*, und ob ſie, falls dieſe Frage zu bejahen ſein ſollte, trotz der entgegenſtehenden Beſtimmungen über die usucapio auch Anwendung finden *ſolle*,

Vergegenwärtigen wir uns zunächſt, in welcher Weiſe die Unterbrechung der l. t. praescriptio wirken muſste zu einer Zeit, in welcher dieſes Inſtitut ſich noch als Erwerb einer Einrede darſtellte.

Dabei werden wir von dem Gedanken auszugehen haben, daſs es bei Anſtellung der Eigenthumsklage noch ungewiſs iſt, ob der Kläger auch wirklich, wie er behauptet, Eigenthümer iſt. Es muſste ihm daher zunächſt obliegen, den Beweis ſeines Eigenthumes zu führen; war dieſer erbracht, ſo hatte nun der Beklagte ſeinerſeits zu beweiſen, daſs er die Sache lange Zeit im Präſcriptionsbeſitze innegehabt hatte. Das Gelingen dieſes Beweiſes muſste die Abweiſung der Klage nothwendig zur Folge haben, ſofern der Kläger nicht die Störung des beklagtiſchen Beſitzes durch frühere Klageanſtellung zu erweiſen vermochte.

Waren dagegen die erforderlichen zehn oder zwanzig Jahre nicht abgelaufen, ſo konnte es nur darauf ankommen, daſs der Kläger den Beweis des Eigenthums erbrachte. Auch konnte er, wenn er etwa den Prozeſs liegen lieſs, ihn ſpäter jederzeit — ſoweit nicht etwa die alte Prozeſsver-Jährung Anwendung fand [69]) — wiederaufnehmen, oder

68) Ueber l. 2 C. de annal. exc. 7. 40 vergl. weiter unten Seite 41 Note 78.

69) Gai. IV. 104. 105. — *Keller*, Litisconteſtation §. 15, S. 130 ff.

auch, wofern ihm nicht exceptio rei in iduicium deductae entgegenſtand, eine zweite Klage anſtellen, ohne die exceptio l. t. fürchten zu müſſen. Trat ein Anderer als Vindicant auf, ohne Rechtsnachfolger des erſten zu ſein, ſo konnte er ſich natürlich auf die früher erfolgte Klageanſtellung nicht berufen, weil deren unterbrechende Wirkung nur dann eingetreten ſein konnte, wenn der Kläger auch Eigenthümer der vindicirten Sache war. War aber der erſte Kläger wirklich Eigenthümer, ſo konnte es der zweite nicht ſein, weil ein Eigenthumserwerb auſser im Wege der Rechtsnachfolge, ſo lange der Präſcribent im Beſitze war, nicht möglich war, und ſonach die Berufung auf die unterbrechende Wirkung der früheren Klageanſtellung der eigenen Klage das Fundament entzogen haben würde.

Zu dem gleichen Reſultate gelangen wir auch, wenn wir uns auf den idealen, praktisch aber werthloſen Standpunkt ſtellen, daſs nur der Eigenthümer Klage gegen den Präſcribenten erheben könne. Die durch ſeine Klageanſtellung bewirkte Unterbrechung der l. t. possessio, konnte nur zu ſeinen Gunſten und zu Gunſten ſeiner Rechtsnachfolger wirken, weil Dritte Eigenthum nicht erwerben und ſomit auch die Eigenthumsklage nicht anſtellen konnten.

Daraus erhellt, daſs die Unterbrechung durch Litisconteſtation ihrer Natur nach nur eine relative, auf die Perſon des Klägers beſchränkte ſein konnte und wenn das in den im §. 3 erörterten Geſetzen nicht hervortritt, wenn ſchlechthin von einer possessio interrupta u. ſ. w. geſprochen wird, ſo iſt dabei vorauszuſetzen, es ſei der Eigenthümer geweſen, der Klage gegen den Beſitzer erhoben hatte.

Von einer über die Perſon des Klägers hinausreichenden Wirkung der Unterbrechung kann überhaupt erſt dann die Rede ſein, wenn wir die longi temporis possessio in der Form einer replicatio vorgeſchützt denken. Ein Anlaſs dazu konnte dadurch gegeben werden, daſs ein Dritter, nachdem der mit der rei vindicatio belangte Präſcribent nach Umfluſs des longum tempus ſeinen Beſitz verloren hatte, die Sache auf Grund irgend eines Titels erworben hatte. Hier konnte

die Frage entſtehen, ob der von früheren Präſcribenten beklagte Beſitzer ſich der replicatio longi temporis gegenüber nicht auf die gegen den erſteren erfolgte Klagenanſtellung berufen könne, indem er nachwies, der frühere Kläger ſei wirklich Eigenthümer geweſen. Hält man aber an dem Fundamentſatze feſt, daſs prozeſſuale Handlungen nur für und gegen die Betheiligten wirken können, ſo wird eine ſolche Berufung in Abrede zu ſtellen ſein.

Prüfen wir nunmehr, auf dieſe Betrachtung geſtützt, die Frage, in welchem Sinne überhaupt eine Unterbrechung der l. t. praescriptio, nachdem ſie durch Juſtinian's Beſtimmung in eine wahre Erſitzung umgewandelt war, angenommen werden kann.

Am Nächſten läge es auch hier zu ſagen, die Unterbrechung der Erſitzung könne nur eine relative, d. h. nur zu Gunſten des Klägers wirkende zu ſein. Allein einer ſolchen Annahme ſtehen die gewichtigſten Bedenken entgegen. Nehmen wir den Fall an, der wahre Eigenthümer habe die Klage angeſtellt, ſo würde ihm gegenüber Seitens des Beſitzers Eigenthum durch Erſitzung nicht erworben, allen andern Perſonen aber gegenüber würde der Uſucapient nach Ablauf der geſetzlichen Zeit als Eigenthümer gelten. Es wäre letzterer in der That in der Lage, wenn ihm etwa der Beſitz der Sache abhanden gekommen wäre, gegen jeden Beſitzer mit Ausnahme des Eigenthümers die Vindication anzuſtellen. Das unabweisbare Reſultat einer relativen Wirkung der Unterbrechung der Erſitzung iſt folgeweiſe ein relatives Eigenthum neben einem abſoluten und ſomit ein offener Widerſpruch gegen den Satz: duorum in solidum dominium esse non potest [70]).

Eine ſolche Wirkung der Unterbrechung konnte der Geſetzgeber aber vernünftiger Weiſe gar nicht beabſichtigt haben [71]).

70) l. 5 §. 15 commod. 13. 6.

71) Dagegen läſst ſich nicht einwenden, daſs auch durch das richterliche Urtheil eine Art von Duplicität des Eigenthums geſchaffen werde,

Es ist daher nicht zu verwundern, wenn man — ohne gerade die vorbezeichnete Consequenz auszusprechen — sich dafür entschieden hat, dass die Wirkung der Unterbrechung der Ersitzung eine absolute sein müsse, indem man behauptete, die Ersitzung werde nicht blos zu Gunsten des Klägers selbst, sondern zu Gunsten aller Personen, die überhaupt in die Lage kämen, sich darauf zu berufen, unterbrochen; dabei aber voraussetzte, dass der Kläger der wahre Eigenthümer sei [72]). Indessen ist auch diese Meinung nicht zu billigen, indem sie mit den erwähntem Satze, dass prozessuale Handlungen nur inter partes wirken, unvereinbar ist. Ueberdies ist ihr gegenüber mit vollem Rechte der Einwand erhoben worden, sie führe »zu höchst unangemessenen Resultaten«. Angenommen, der Eigenthümer habe die Klage gegen den Ersitzenden erhoben, den Prozess aber später — etwa weil es ihm zu umständlich war sein Recht weiter zu verfolgen — wieder fallen lassen; soll es nun einem Dritten, der nach Ablauf der Ersitzungszeit und nachdem der Usucapient den Besitz verloren hatte, die Sache auf Grund eines Rechtsgeschäftes in gutem Glauben erworben hatte, gestattet sein, sich auf die durch die Klageanstellung erfolgte Unterbrechung zu berufen, indem er beweist, der Kläger sei damals wirklich Eigenthümer gewesen [73])? Einer der Vertreter der von uns missbilligten Ansicht [74]) nimmt keinen Anstand diese Frage zu bejahen. Daran möchte ich die weitere Frage anschliessen, ob er es auch für den Fall thun wolle, wenn es im ersten Prozesse zu einem den Kläger abweisenden Erkenntnisse gekommen ist und der Dritte

da ja einem Nichteigenthümer durch Urtheil das Eigenthum zuerkannt werden könne und derselbe dadurch seinem Prozessgegner — möglicher Weise selbst dem wahren Eigenthümer — gegenüber die Rechtsstellung eines Eigenthümers erlange, denn das Urtheil hat lediglich declaratorische, nicht aber, wie die Ersitzung, constitutive Bedeutung.

72) *Wächter* S. 101, *Stephan* S. 182, *Schmid* I §. 14, Note 192, S. 256 ff., *Windscheid* §. 180 Text zu Note 7, sowie die Noten 7 u. 8.

73) Vergl. *Arndts* §. 163, Anm. 2 a. E.

74) *Windscheid* §. 180, Note 8 a. E.

behaupten wollte, ersterer sei gleichwohl der wahre Eigenthümer gewesen, der Verlust des Prozesses sei lediglich eine Folge seiner mangelhaften Prozessführung oder einer fehlerhaften richterlichen Entscheidung. Consequent wäre auch diese Frage zu bejahen. Dass aber dieses Resultat allem natürlichen Rechtsgefühle zuwider läuft, liegt auf der Hand. Wie soll einem Dritten eine prozessuale Handlung, die für ihn doch an sich res inter alios acta ist, zu Statten kommen, obwohl derjenige der sie vorgenommen hat, den daraus entspringenden Vortheil sich nicht zu Nutze machen will oder nicht zu Nutze machen kann?

Das Ergebniss vorstehender Erwägungen ist sonach, dass eine relative Wirkung der Unterbrechung mit dem Begriff der Ersitzung als Erwerb eines absoluten Rechtes unvereinbar ist, eine absolute aber dem Satze, dass prozessuale Acte nur inter partes wirken, widerstrebt, zudem zu unannehmbaren Ergebnissen führt.

Gleichwohl — könnte man uns entgegenhalten — sprechen die in §. 3 einlässlich behandelten Stellen von einer Unterbrechung (interruptio) in Anwendung auf die l. t. praescriptio, allein dieselben dürften, wenn man sie vom Standpunkt des geltenden Rechtes aus betrachtet, sämmtlich auf den schon oben erwähnten Gesichtspunkt zurückzuführen sein, dass vermöge der, das Rechtsverhältniss der Parteien fixirenden Bedeutung der Litiscontestation für das richterliche Urtheil nur die bis dahin abgelaufene Ersitzungszeit in Frage kommen könne, m. a. W. dass nur die vor dem genannten Zeitpunkte schon vollendete Ersitzung die Abweisung der Eigenthumsklage zur Folge haben müsse. In dieser Weise erklärt sich vor Allem l. 10 C. h. t. ganz vortrefflich, indem es hier heisst, dass die nach Erhebung des Eigenthumsstreites vollendete Ersitzung (l. t. praescriptio) dem Präscribenten nichts nütze; ebenso l. 26. C. de rei vind. 3. 32, welche dahin zu verstehen sein wird, dass die Zeit des Prozesses nicht geeignet sei, um sich auf dieselbe als Zeit der Ersitzung berufen zu können, weil diese von der Litiscontestation ab rückwärts zu be-

rechnen fei. In demfelben Sinne wird nach l. 10 C. de poss. 7. 32 der mit der rei vindicatio beklagte Usucapionsbefitzer von dem Zeitpunkte der Litisconteftation an als folcher nicht mehr betrachtet; fowie in gleicher Weife nach l. 2. C. h. t. und l. 4. C. quibus non obiic. 7. 35 den Usucapienten ein qualificirter und durch Klageanftellung des gegenwärtigen Klägers vor dem Ablauf des longum tempus nicht geftörter Befitz fchützt. Nach l. 1. C. h. t. kann der einmal mit der Eigenthumsklage belangte Befitzer fpäter fich dem Kläger gegenüber, wenn diefer feine Klage vom Neuen aufnimmt, was nach l. 9 C. de praescr. XXX ann. 40 Jahre lang möglich ift, nicht mehr auf die Erfitzung ftützen, weil diefe, um feine Verurtheilung auszufchliefsen, vor der Litisconteftation begründet fein mufste [75]).

Diefe nothwendige Folge der Litisconteftation konnte natürlich nicht eintreten, wenn der Beklagte fich auf den Prozefs nicht einlaffen wollte. Es wurde hier ein Auskunftsmittel für den Fall gefchaffen, wenn der belangte Befitzer in fremdem Namen feinen Auctor benannt hatte und diefer fich auf die ergangene Ladung nicht vor Gericht einfinden wollte [76]). Hier wurde es fo angefehen, als fei lis conteftirt worden in dem Augenblicke, wo der alieno nomine possidens vor Gericht geladen worden war, d. h. der wahre Befitzer follte, wenn er fpäter etwa den Procefs auf fich nahm, fich auf die von diefem Zeitpunkte an abgelaufene Frift zu feiner Rechtsvertheidigung nicht mehr berufen können.

Auch für die praescriptio XXX vel XXXX annorum, mit welcher Juftinian nach l. 8 §. 1. C. de praescr. XXX ann. für den Fall, dafs der Befitz einer Sache in gutem Glauben erworben worden war, in gleicher Weife, wie mit der l. t.

75) Infofern diefe Stelle dem Singularfucceffor das Recht auf Accessio possessionis abfpricht, ift fie nur hiftorifch zu erklären und kann auf praktifche Geltung einen Anfpruch nicht erheben.

76) l. 2. C. ubi in rem actio 3. 19.

praescriptio den Erwerb der Eigenthumsklage verband, kann die Unterbrechung nur in dem hier entwickelten Sinne Platz greifen. Auch für diese praescriptio ist es wahr, dass sie als Erwerb des Eigenthumes nicht blos dem Kläger gegenüber unterbrochen werden konnte und andererseits die absolute Wirkung der Unterbrechung dieselben unangemessenen Ergebnisse, wie bei der ordentlichen Ersitzung herbeiführen musste.

In solchen Fällen, wo der Besitzer überhaupt nicht zu beklagen war, konnte es natürlich zu der unterbrechenden Wirkung durch Klaganstellung in dem hier gemeinten Sinne gar nicht kommen und es war daher der Eigenthümer in Gefahr, durch den Ablauf der für die Ersitzung vorgeschriebenen Frist sein Eigenthum zu verlieren. Um das zu vermeiden, wurde von Justinian in l. 2. C. de annal. exc. 7. 40 bestimmt, es solle in derartigen von ihm genau bezeichneten Fällen die Ueberreichung des Klaglibells als den praeses provinciae oder andere obrigkeitliche Personen, eventuell auch ein öffentlicher Anschlag an dem Orte, wo der Besitzer sein Domizil hat, genügen: ad omnem temporalem interruptionem sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit.

So aufgefasst bereitet diese Constitution, welche eines der wichtigsten Argumente der Gegner unserer Ansicht ist, der Erklärung keine Schwierigkeiten. Auf Grund dieses Gesetzes glaubten selbst solche Gelehrte, die mit uns darin einig sind, dass wenigstens die ordentliche Ersitzung des Justinianischen Rechtes durch die Klageanstellung nicht unterbrochen werde, doch in den, im Gesetze aufgezählten Fällen der Protestation eine unterbrechende Wirkung beilegen zu müssen[77]). Dagegen ist mit Recht zu erinnern, dass der Verwahrung als blossem Surrogate der Litiscontestation auch keine anderen Wirkungen als dieser zukommen können[78]).

---

77) z. B. *Unterholzner* I §. 127, S. 453 u. §. 129, S. 455 f.

78) Vergl. *Puchta* §. 160 Note c, *Arndts* §. 163 Anm. 2, *Vangerow*

Dafs es wirklich das Princip der l. 18 de rei vind. ift, welches — als ein Ausflufs des natürlichen Grundfatzes, dafs Thatfachen, welche den Befitz als folchen nicht berühren, auch auf die Erfitzung keinen Einflufs ausüben — auch für das neuere Recht das mafsgebende ift, wird auch durch den Wortlaut der fpäteren für die Erfitzungslehre Grund legenden Gefetzesftellen, wenn nicht gerade erwiefen, fo doch fehr nahe gelegt; fo fagt Juftinian im pr. J. de usuc. 2. 6. — constitutionem — promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per *triennium*, immobiles vero per longi temporis praescriptionem, i. e. inter praesentes *decennio*, inter absentes *viginti annis usucapiantur*; et his modis non solum in Italia, sed in omni terra — dominia rerum, iusta causa possessionis praecedente, acquirantur. Das Eigenthum foll alfo erworben werden lediglich durch 3, 10 und 20jährigen Befitz, der auf einer iusta causa possessionis beruht, wobei die bona fides des Erwerbes als felbftverftändlich vorausgefetzt wird. Ein weiteres Erfordernifs wird nicht aufgeftellt.

Man hätte, wenn die Nichtanftellung der Eigenthumsklage während der angegebenen Friften nothwendig gewefen wäre, ihrer in ähnlicher Weife gedenken müffen, wie in den oben angeführten Stellen, die zum Erwerbe der praescriptio ausdrücklich eine possessio non interrupta inquietudine litis [79]) verlangen.

I. §. 323, S. 611. Vielfach ift geradezu behauptet worden, durch l. 2 cit. fei der in den Digeften enthaltene Rechtsfatz ftillfchweigend aufgehoben worden; fo insbefondere von *Stephan* a. a. O. S. 188—191 in Vergl. mit S. 181. In ähnlicher Weife meint *Windfcheid* (§. 180 Anm. 7) aus der Gleichftellung der Erfitzung mit jeder anderen Verjährung (vergl. die oben citirten Worte der Conftitution) folgern zu müffen, dafs im Sinne Juftinians auch die Erhebung des Proceffes felbft die Erfitzung unterbrechen folle. Vergl. auch *Wächter* S. 103. Wenn aber der Gefetzgeber die Klaganftellung wirklich als die Erfitzung unterbrechend gedacht hat, fo erfcheint die Aufnahme der zahlreichen Stellen in den Digeften, die ganz klar das Gegentheil ausfprechen, geradezu unbegreiflich.

79) l. 2. C. h. t.

Der Inſtitutionenſtelle entſpricht auch ganz und gar der Inhalt der const. un. cit., insbeſondere der §. 1 in den Worten: — in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerant alienatae — usucapionem — duximus esse corrigendam, ut si quis alienam rem — bona fide per continuum triennium detinuerit, is firmo iure eam possideat, quasi per usucapionem ei acquisitam. Auch hier werden nur die Erforderniſſe der alten usucapio erwähnt, während es doch wohl geboten war, das von der gegneriſchen Seite behauptete Erfordernifs der Nichtanſtellung der Klage — wenn es überhaupt ein ſolches war — durch die Worte: non inquietatus oder sine interpellatione, sine litis inquietudine zum Ausdruck zu bringen. Daraus, dafs dieſes nicht geſchehen iſt, läſst ſich ſchlieſsen, dafs auch die neuere Erſitzung, wie die alte usucapio als eine dominii adeptio per continuationem possessionis im ſtrengen Sinn des Wortes gedacht wurde, alſo keinerlei Säumnifs in der Perſon des Eigenthümers vorausſetzte.

Es wäre in der That auch in hohem Maſse befremdend, dafs, wenn die von uns verworfene Meinung die richtige wäre, Juſtinian der Aufhebung der zahlreichen in den Digeſten enthaltenen, dagegen ſprechenden Stellen mit keinem Worte gedacht haben ſollte, um ſo mehr, als dieſelben in ſo klarer und beſtimmter Weiſe die Nichtunterbrechung der Usucapion betonen und ſomit von den Compilatoren nicht anders, als mit dem vollen Bewuſstſein ihrer Bedeutung aufgenommen werden konnten. Dazu kommt, dafs ſie ſelbſt, mehrere dieſer Stellen mit Rückſicht auf anderweite Aenderungen im ſpäteren Rechte nachweisbar interpolirt haben.

Zum Schluſſe ſei noch erwähnt, dafs Juſtinian's eigene Geſetzgebung einen Anhaltspunkt dafür bietet, dafs er dem Grundſatze, die Erſitzung werde durch die Anſtellung der Eigenthumsklage nicht unterbrochen, Rechnung zu tragen beſtrebt war. Bekanntlich hat dieſer Kaiſer in l. 4. C. de

litigiosis 8. 37 zum erſten Male[80]) dem Beklagten die Veräuſserung einer res litigiosa als eine nichtige[81]) verboten und mit Strafen bedroht. Als res litigiosa bezeichnete er weiter nur jene Sache, in Betreff welcher ein Eigenthumsſtreit anhängig ſei.[82]) Dieſes Verbot läſst ſich allerdings dadurch erklären, daſs faktiſche Veräuſserungen die im Juſtinianiſchen Rechte herrſchende Realexecution nicht beeinträchtigen ſollten,[83]) indem der im Eigenthumsſtreite obſiegende Kläger zufolge dieſer geſetzlichen Beſtimmung auf Grund des Urtheils die Sache demjenigen abfordern konnte, der ſie vor der Urtheilsfällung vom Beklagten erworben hatte, ohne daſs erſterer dem Kläger entgegenhalten konnte, die res iudicata ſei für ihn nicht bindend[84]); — allein das Geſetz war doch nur dann ein zur Verwirklichung der Realexecution unbedingt nothwendiges, wenn es dem Beklagten möglich war, während des Prozeſſes das Eigenthum durch Erſitzung zu erwerben. Hier war es, wenn die Sache vom Beklagten veräuſsert und tradirt worden war, dem obſiegenden Kläger rechtlich unmöglich geworden, ſeine Sache zu erhalten und die Abſicht eine ſolche Folge auszuſchlieſsen, dürfte wohl die urſprüngliche Veranlaſſung des Geſetzes geweſen ſein. Hatte doch auch das Verbot der Veräuſserung eines italiſchen Grundſtücks gleichfalls in der Möglichkeit der Eigenthumsübertragung durch den nicht beſitzenden Kläger ſeinen Grund gehabt[85]).

Die praktiſche Bedeutung des von uns für das Recht der Erſitzung behaupteten Satzes iſt auſser Zweifel für jene

80) *Bachofen*, ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts, Bonn 1848, *Vangerow*, §. 160 V. 5, S. 258.

81) Das ergibt ſich aus den Worten »vitio litigiosi contractus subiacere« in Vergleichung mit fr. de iure fisci §. 8 »— emtio nullius momenti est«. Vergl. Bachofen S. 63—65.

82) Nov. 112 c. 1.

83) *Bachofen* S. 87 u. 88, Note 88 u. 89, *Vangerow* a. a. O.

84) *Windſcheid* I §. 125, Note 7 und Text dazu.

85) *Bachofen* S. 57 ff.

Zeit, wo das Veräufserungsverbot der l. 4 cit. noch nicht beftand. Aber auch nach Erlaffung diefes Gefetzes, das nach überwiegender Anficht — abgefehen von den darin angedrohten Strafen — noch gegenwärtig als geltendes Recht zu betrachten ift[86]), ift feine Anwendbarkeit nicht in Frage zu ftellen, da die Litigiofität ihrer Natur nach auf die Dauer des Prozeffes, d. h. auf die Zeit von der Litiscontestation, nach Juftinian'fchem Rechte von der Klagemittheilung an bis zum Urtheile befchränkt ift[87]). Eine res litigiosa ift fomit nicht mehr vorhanden, wenn der Prozefs liegen bleibt [88]) oder das Urtheil gefällt [89]) ift. In diefen Fällen ift in der That eine rechtswirkfame Uebertragung des Eigenthumes durch den Beklagten, welcher mittlerer Weile erfeffen hat, möglich; felbftverftändlich unbefchadet feiner, aus dem Prozefsbeginn oder dem Urtheile erwachfenen obligatorifchen Verpflichtungen.

---

86) Vergl. *Vangerow* a. a. O. Nr. 7 S. 259.

87) §. 8 fragm. de iure fisci. — res autem litigiosa videtur, de qua apud suum iudicem causa delata est. — Auth. de litigiosis (Nov. 112. c. 1) Litigiosa res est, de cuius dominio causa movetur inter possessorem et petitorem iudiciaria conventione —.

88) *Windfcheid* §. 123 Ziff. 1 a. E.

89) *Bachofen* S. 61.

Druck von C. R. Schurich in München.

Druck von C. R. Schurich in München.

